

Letras Jurídicas

Volumen 10

Julio - Diciembre 2004

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

Galeana esquina 7 de Noviembre C.P. 91000 Xalapa Veracruz, México

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

letrasjuridicas@hotmail.com y contacto@letrasjuridicas.com

Invitados

Consideraciones sobre la Naturaleza Jurídica del Tratado "Constitucional" de la Unión Europea.*

Ángela Figueruelo Burrieza **

“Quien destruya el Estado de hoy provocará el caos y nadie puede desde el caos crear cosa alguna”
H. HELLLER

RESUMEN: El objeto de análisis en este trabajo es el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, elaborado por la Convención Europea y presentado al Consejo Europeo de Salónica el 20 de junio de 2003. Su debate comenzó en la C.I.G. abierta en Roma el 4 de Octubre; el fracaso de la Cumbre de Bruselas de 13 de diciembre del mismo año provocó que el consenso de todos los Estados miembros, veinticinco, para su aprobación, no se alcanzase hasta la cumbre de Bruselas de 18 de junio de 2004, una vez que en el mes de marzo quedasen desbloqueadas las negociaciones. El estudio lo hemos efectuado bajo los parámetros de la teoría democrática del poder constituyente y a la luz de los principios del moderno constitucionalismo que impiden usar el nombre de Constitución en vano, y nos permiten sostener que la nueva norma de la Unión Europea sigue siendo un Tratado Internacional que reforma el Tratado de Niza de 2000.

Palabras claves: tratado constitucional de la Unión Europea

ABSTRACT: *The object of analysis in this article is the treaty by which a Constitution for Europe is instituted, built by the European Convention and presented to the European Counsel of Salónica on June 20th, 2003. It's debate began at the open C.I.G. in Rome on October 4th; the failure of the Brussel's Summit on December 13th of that same year caused that the concensus of all member States, twenty-five, for its aprobation, not be reached until the Brussels' Summit of June 18th 2004, once in March the negotiations were no longer blocked. This study has been made under the parameters of democratic theory of the constituent power and to the light of the principles of modern constitutionalism that forbid to use the name of the Constitution in vain, and let's us sustain that the European Union's new norm is still an International Treaty that reforms the Nice Treaty of the year 2000.*

Key words: constitutional treaty of European Union

* Texto readaptado y ampliado de la conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el día 28 de mayo de 2004 en el marco del “Seminario de Economía y Derecho. Jornada de Estudio en Homenaje a la Profesora Gloria Begué Cantón.

** Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca.

SUMARIO: 1. El fracaso de la cumbre de Bruselas en diciembre de 2003 y el consenso obtenido en junio de 2004. 2. La necesaria reforma del Tratado de Niza. 3. El Tratado Constitucional a la luz de los principios del moderno constitucionalismo. 4. El novedoso procedimiento de reforma del Tratado de Niza. 5. La ausencia de un poder constituyente europeo. Los Estados señores de los Tratados. 6. El principio liberal como sistema de garantías de la democracia.

1.- El fracaso de la cumbre de Bruselas en diciembre de 2003 y el consenso obtenido en junio de 2004

El fracaso de la Cumbre de Bruselas celebrada los días 13 y 14 de diciembre del pasado año, hizo que la Conferencia Intergubernamental abierta en Roma el día 4 de octubre no consiguiera su principal objetivo: La aprobación del Tratado "Constitucional". La prueba escrita del final dramático de la reunión del día 13 quedó plasmada en la declaración final que zanjó dicha C.I.G. La brevedad del texto se corresponde con el fracaso sin precedentes de la citada Cumbre en la cual los Jefes de Estado y de Gobierno de los veinticinco Estados miembros no lograron ponerse de acuerdo sobre el reparto de poder en la futura U.E. Dice así la Declaración final:

"El Consejo de Europa toma nota de que no ha sido posible para la Conferencia Intergubernamental lograr un acuerdo global sobre Tratado Constitucional en este momento. Se le pide a la presidencia irlandesa que, sobre la base de consultas, haga una valoración de las perspectivas de progreso e informe al Consejo Europeo en marzo".

Así las cosas, Europa que es camino y no posada, continúa su andadura en los últimos tiempos con serias dificultades; Los Estados, señores de los Tratados, siguen ejerciendo sobre ellos su dominio y ello ha hecho que los objetivos del nuevo Tratado para que la Unión Europea del siglo XXI afronte los retos que se le han planteado, no pudieran conseguirse hasta la cumbre de junio de 2004. Las causas del fracaso, debido a las múltiples desconfianzas acumuladas durante años, son más preocupantes que los efectos puesto que, el Tratado de Niza de 2000, en vigor desde febrero de 2002, va a regir el sistema institucional hasta el 2009; Luego, desde el punto de vista práctico poco importaba que el nuevo Tratado se aprobara en el 2003 ó en el 2004. La crisis actual es consecuencia de que la desconfianza mutua acumulada durante años ha colmado el vaso y se ha manifestado en esta necesaria, pero no bien preparada, ampliación y, la existencia de una superpotencia solitaria ha hecho que algunos países fundadores de la U.E. hayan pretendido dirigir la elaboración del Tratado "Constitucional".

España y Polonia fueron los Estados miembros señalados como causantes del fracaso de la Cumbre de Bruselas por ejercer una defensa numantina del reparto de votos en el Consejo tal y como había sido establecido en el Tratado de Niza. Según este Tratado el reparto de poder beneficia a España y Polonia que disponían de 27 votos en el Consejo, sólo dos menos que los grandes países y con facilidad de formar minorías de bloqueo de 90 votos con algunos aliados. En contraprestación, España perdió un Comisario y redujo de 64 a 50 el número de escaños en la Eurocámara. El problema se planteó en la primavera de 2003, cuando Giscard, presidente de la Convención, puso sobre el tapete sin discusión previa en el órgano que presidía, la fórmula clave para el nuevo reparto de poder: las decisiones por mayoría cualificada en el Consejo de la Unión Europea serían válidas cuando fueran apoyadas por más de la mitad de los países que representasen al menos a tres quintas partes, el 60% de la población europea. Es la

denominada doble mayoría, 50% / 60% que quiere representar a quienes legitiman la Unión Europea: los Estados y los ciudadanos, y que indudablemente beneficia a Alemania que con sus 82 millones de habitantes duplica el poder en número de votos respecto a lo que obtuvo en Niza. A esta fórmula es a la que se opusieron España y Polonia. Este importante fleco, unido a la discrepancia en el número de Comisarios en la Comisión y al reparto de escaños en la Eurocámara dieron al traste, desafortunadamente, con la Cumbre de Bruselas cuando el eje franco-alemán levantó la sesión del 13 de diciembre de 2003 en Bruselas.

Este fracaso fue lamentado, entre otros, por el Parlamento Europeo que en una resolución aprobada en Estrasburgo, alertó del riesgo de que dicho fracaso, en parte abonado también por el incumplimiento del Pacto de Estabilidad por Francia y Alemania con sus elevados déficit, abriera la puerta a una "Europa a dos velocidades" e incluso "a la fragmentación de la Unión". A partir de aquí las cosas deben ir más despacio para evitar que esta frustración se repita y además por los amplios acontecimientos producidos a lo largo del 2004: el 1 de mayo surgen diez nuevos Estados miembros de pleno derecho, el 13 de junio los ciudadanos europeos acudimos a las urnas para renovar la Eurocámara sin poder manifestarnos sobre el nuevo Tratado y en otoño se renovará la Comisión... Por todo ello, la norma en cuestión, elaborada durante quince meses (marzo de 2002 - julio de 2003) fue objeto de discusión a partir de marzo de 2004, una vez que se desbloquearon las negociaciones bajo la presidencia irlandesa, obteniendo el consenso necesario en la cumbre de Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004, tras el atentado terrorista de Madrid del 11-M y el triunfo de los socialistas en España en las elecciones del 14-M. El reparto del poder se adoptará conforme a la fórmula 55%/65% propuesto por la presidencia de turno. Esta fórmula satisface a España porque, además de representar a los Estados y a los ciudadanos no nos aleja de los resultados conseguidos en Niza; a ello contribuyen una serie de cautelas o sistemas de doble llave que hacen de la fórmula un método farragoso y complicado, pero que ha logrado el consenso de los países pequeños y medianos.

2.- La necesaria reforma del Tratado de Niza

La Constitución Española de 1978 nació con clara vocación europeísta. Buena prueba de ello es la autorruptura constitucional contemplada en el art. 93 que permite ceder, mediante ley orgánica, a instancias supranacionales el ejercicio de competencias derivadas de la propia Constitución. Los debates en sede constituyente ponen de manifiesto que dicho precepto fue introducido para poder entrar a formar parte de las Comunidades Europeas sin necesidad de reformar previamente la Constitución. Como sucedió en otros países del entorno europeo.

Con fundamento en el precitado artículo firmó España, junto con Portugal, el Tratado de Adhesión en 1985 y el día 1 de enero de 1986 comenzamos a ser miembros de pleno derecho de esa organización supranacional. Desde entonces se ha recorrido un largo camino; Hemos acompañado a la "Europa Unida" en el Acta Única Europea, en el Tratado de Maastricht (que provocó la única reforma sufrida por la norma suprema española en el art. 13.2), en el Tratado de Ámsterdam, en el Tratado de Niza y ahora estamos acompañándola en la aventura del "Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa".

Este último Tratado obedece a la dinámica del proceso abierto, hacia dentro y hacia fuera, que se estableció para la integración Europa. Se trata, pues, de un paso más en dicha integración que abre la puerta a la ampliación más numerosa sufrida por la Unión Europea a lo largo de su historia (en 2004 diez nuevos países y otros tres en un breve período de tiempo). Esta ampliación requiere de modificaciones urgentes y necesarias para permitir el funcionamiento de unas instituciones que nacen con una organización supranacional de seis miembros y deben ser adaptadas para una Comunidad que se aproxima a los treinta. Requisito imprescindible para su consolidación es conseguir un mayor desarrollo e intensificación del proceso de construcción Europea en cuanto organización internacional de carácter supranacional.

Los fracasos parciales de las Conferencias de Ámsterdam y Niza nos condujeron a un nuevo período de incertidumbre política. Por ello, la Declaración nº 23, anexa al Tratado de Niza, anunciaba una nueva Conferencia Intergubernamental para el 2004, que al final se adelantó al otoño de 2003. El Consejo Europeo de Laeken, de diciembre de 2001, siguiendo el ejemplo exitoso del Consejo Europeo de Colonia decidió nombrar una CONVENCIÓN, con representación de los Parlamentos Nacionales, del Parlamento Europeo, de los Presidentes de los Gobiernos y de la Comisión. También estaban representados los países candidatos a la ampliación y la sociedad civil pudo expresar sus opiniones y hacerlas llegar a la Convención; A este órgano plural, formado por más de un centenar de miembros y en concreto al PRAESIDIUM, (compuesto por 12 miembros) verdadero núcleo de la Convención y redactor del primer borrador se le encomendó la primera fase del nuevo Tratado por el cual se debía modificar el recientemente aprobado Tratado de Niza. Tenía la función de redactar un documento normativo, sobre cuyo nombre se ha discutido mucho y que ha sido el punto de partida para el debate y la discusión de la Conferencia Intergubernamental, abierta en Roma el 4 de octubre de 2003, que fracasó en Bruselas el 13 de diciembre de 2003 y que por fin consiguió su objetivo en la cumbre de dicha ciudad el día 18 de junio de 2004.

Esta Conferencia Intergubernamental era el ente jurídico con competencia para la aprobación, por unanimidad, del nuevo Tratado, en una segunda fase. La única novedad del procedimiento respecto a los casos anteriores ha consistido en que, convencidos de que se había agotado el método diplomático, se decidió encomendar los trabajos, previos a la C.I.G., a un órgano novedoso, llamado Convención que añadió claridad y transparencia a los trabajos previos, pero no legitimidad democrática. Esta Convención, a pesar de su nombre no es la Convención de Filadelfia; Tampoco estamos ante ningún proceso constituyente y el texto elaborado no puede ser una Constitución en el sentido que al término le damos los constitucionalistas.

Se trata, nada más y nada menos, que de reformar el Tratado de Niza, cuyo procedimiento de reforma está previsto en el art. 48 del TUE. Las modificaciones efectuadas deben ser hechas de común acuerdo, aprobadas por unanimidad y ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. El ente competente para aprobar las reformas es la Conferencia de los representantes de los Estados miembros convocada por el Presidente del Consejo. A la luz de lo dicho previamente los dueños y señores de los Tratados siguen siendo los Estados miembros. Pues bien, observamos que en su aspecto formal este proceso se desarrolla de la misma forma en que se realizaron las reformas previas en el seno de la Unión Europea. Pero, sucede que, desde una perspectiva material en este Tratado se ha

plasmado "la dimensión constitucional" que el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha atribuido al proceso de integración en una conocida jurisprudencia y que ha sido aceptada sin reticencias por un buen sector de la doctrina. Este hecho ha planteado en el seno de la academia una polémica recurrente acerca de la corrección de llamar CONSTITUCIÓN a la norma suprema de la Unión Europea; Existen serios peligros (ya fracasaron los proyectos Spinelli y Hermann, en la década de los ochenta y noventa, para elaborar una Constitución Europea) de utilización de este término dadas las peculiaridades propias de la Unión Europea en cuanto organización internacional de carácter supranacional, que nos pueden inducir a utilizar el nombre de Constitución en vano.

Por lo anteriormente expuesto la Convención se vio obligada a dar un alambicado nombre al nuevo texto: "Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa". En este título confluyen dos términos distintos: con la denominación de Tratado se alude al aspecto formal de la norma y con la denominación de Constitución se pretende dar cobertura a su contenido material y a satisfacer a un amplio sector de la doctrina. Ahora bien, el propio paralelismo de las formas impide entender que de la reforma de un Tratado Internacional, efectuada conforme al procedimiento establecido en el Tratado que se reforma, podamos obtener una Constitución normativa.

3.- El Tratado Constitucional a la luz de los principios del moderno constitucionalismo

Desde la óptica y los postulados del Derecho Constitucional se puede demostrar que la naturaleza jurídica de la norma en cuestión, su significado y alcance impiden entender que nos hallamos ante un proyecto de norma jurídica que reúne las características propias de las Constituciones surgidas del moderno Constitucionalismo que nace con las Revoluciones Francesa y Norteamericana de finales del Siglo XVIII. A partir de este momento histórico el objetivo de toda Constitución (en cuanto la forma última de organización del poder político) es crear las instituciones para controlar y limitar el poder político. Con ello se pretende liberar a los gobernados del poder absoluto de sus gobernantes y asignarles una cuota de participación en el proceso del poder político; Esto queda recogido con claridad meridiana en el Art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Según lo establecido en esta norma para poder hablar de Constitución es necesario el principio de división de poderes y el reconocimiento y la garantía de los derechos de los ciudadanos. Así pues, por Constitución en sentido estricto sólo podemos entender aquella que se identifique con el concepto racional normativo. Todas ellas deben obedecer a un sustrato teórico común: la confrontación entre los supuestos ideológicos del pensamiento político democrático, de tal manera que recogen el principio democrático (la teoría democrática del poder constituyente), el principio liberal (defensa de la libertad individual a través de la división de poderes y de las declaraciones de derechos), y el principio de la supremacía de la Constitución (sujeción de los gobernantes a la norma suprema y concordancia del derecho ordinario con dicha norma).

La Constitución basada en los principios antes enunciados es la norma suprema de un Estado. Éste es una formación política basada en tres elementos indispensables: pueblo, territorio y poder. El pueblo, quizás el más importante de esos elementos

integrados no es una masa amorfa de individuos sino la colectividad organizada de los nacionales, que se halla constituida en una unidad indivisible; Es el elemento por excelencia del Estado, porque éste se identifica con el pueblo. Además el Estado necesita poseer un territorio propio de forma imprescindible, estableciéndose entre el Estado y su territorio una relación de "imperium" ó soberanía territorial. También el poder o potestad pública es un elemento básico que se ejerce sobre los individuos que forman parte de ese grupo nacional y que se encarga de tomar las decisiones necesarias para los intereses nacionales.

Dados los elementos previos podemos definir al Estado como: "Una comunidad de hombres fijada sobre un territorio propio y que posee una organización de la que resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros, una potestad superior de acción, de mando y de coerción". Esta definición no es aplicable a la actual Unión Europea porque, ésta no es un Estado, ni un super-Estado, ni una superposición de Estados, ni un "ornitorrinco" como ha dicho algún tratadista, ni tampoco un OPNI como la define J. Delors. Fue creada por el Tratado de Maastricht de 1992 y se trata de un concepto político y no jurídico porque hasta la fecha ha carecido de personalidad jurídica. Por ello, hasta el día de hoy, las relaciones entre el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Comunitario se realizan en el marco establecido en los Tratados originarios de las Comunidades Europeas y en particular en el Tratado CE. De lo que no cabe duda es de que la Unión Europea es una organización internacional con peculiaridades propias: Creada por el TUE, con instituciones de la CE que le sirven de soporte y con competencias específicas en ciertos ámbitos que le permiten adoptar actos jurídicos propios (política exterior, seguridad común, cooperación policial y judicial...).

Esta organización internacional que obedece a una asociación voluntaria de Estados, con base convencional, ha originado un proceso ingente de cambios en los Estados Constitucionales que participan en el fenómeno integrador europeo. Frente a las clásicas relaciones interestatales, basadas en el respeto del principio de soberanía estatal, surgen otras relaciones distintas en el seno de la Unión que se fundamentan en el traspaso de competencias desde los Estados miembros a las instituciones comunes que acarrearán una merma de la soberanía estatal. Este ente supranacional, con capacidad de crear normas que inciden en la esfera jurídica de los nacionales de todos los Estados participantes, se nutre de la soberanía de los Estados que lo conforman y camina hacia la obtención de un grado de estatalidad que va en detrimento de los Estados miembros que cada vez son menos soberanos. Esta organización internacional que no es un Estado ni puede serlo porque no tiene un pueblo propio (no hay un pueblo europeo, sólo pueblos de los Estados europeos) se va formando gracias a la transferencia del ejercicio, que no de la titularidad, de atribuciones de los Estados que la conforman y causa una relativización del concepto de soberanía así como problemas de legitimidad democrática de las instituciones y serias dificultades a la hora del establecimiento de los correspondientes controles. Porque son las Constituciones nacionales las que sostienen la existencia de la Unión Europea en base al poder constituyente del pueblo de cada uno de los Estados que participan en la integración, no podemos permitir una quiebra ilimitada del principio de soberanía sin poner en peligro el principio democrático de la soberanía popular.

4.- El novedoso procedimiento de reforma del Tratado de Niza

El Tratado de la UE fue adoptado en Maastricht en 1992 y modificado por el Tratado de Ámsterdam de 1997 y por el de Niza de 2001. Gracias a estas normas se han producido cambios relevantes en los Tratados Constitutivos, sobre todo en el Tratado de la CEE. Del Tratado de la Unión Europea se deduce una nueva estructura del sistema de los Tratados hasta entonces vigente, porque este Tratado "envuelve" a los Tratados constitutivos de las Comunidades sobre los que se asienta, se trata de un "Tratado de Tratados". La numeración de sus artículos con letras fue eliminada en la reforma de Ámsterdam que vuelve a la numeración clásica del sistema de números arábigos en el articulado.

La Unión Europea que actualmente tenemos se funda sobre las tres Comunidades existentes y los ámbitos en los que hay cooperación intergubernamental: la PESC y la cooperación judicial y policial entre los Estados miembros. Ambas políticas conducen a los objetivos de la Unión pero no utilizan instrumentos de integración sino de cooperación intergubernamental, por lo que permanecen al margen del sistema jurídico propio de las Comunidades, aunque participen del sistema institucional.

Por lo antes expuesto es necesario dejar claro que la UE no posee de forma clara personalidad jurídica internacional: es un ideal político, que tiene una entidad política, pero cuya realidad política y jurídica, económica y social se sustenta en las realizaciones conseguidas a través de las Comunidades Europeas que son lo único tangible de la actual Unión Europea; Se trata de una idea de síntesis del proceso de integración progresiva de pueblos y de Estados. Lo que no se discute es su vocación federal internacional a pesar de que se dude y discuta en torno a su personalidad jurídica internacional; Problema éste que quedó sin resolver en las C.I.G. de 1996 y de 2000 donde de forma expresa se rechazó la posibilidad de dotar expresamente a la UE de personalidad jurídica. Así pues, la Unión Europea como ente político es el todo; Las Comunidades Europeas y las formas de Cooperación intergubernamental (PESC y la cooperación judicial y policial) son los pilares sobre los que se sustenta el proceso en su conjunto, sólo que ahora se le cambia la denominación por el nombre de "Unión Europea". Teniendo en cuenta la indefinición jurídica y política del momento presente ante la UE vigente hemos de constatar que el proceso de construcción europea, en cuanto inacabado, sigue abierto.

La Declaración nº 23 anexa al Tratado de Niza organizó un debate, que no ha terminado todavía, sobre el futuro de la Unión Europea y las conclusiones del Consejo Europeo de Laeken (diciembre de 2001) acerca del horizonte final de este proceso. En dicha Declaración se sientan las bases para la reforma del modelo de la Unión y su transformación en otro modelo que responda a las necesidades derivadas de la ampliación y de la sociedad internacional de la globalización. En esta fase la democracia vuelve a ser la condición estructural predominante porque se pretende acercar Europa al ciudadano hacerla más transparente, más legítima y más comprensible. Lo novedoso en la reforma para conseguir esos objetivos (el procedimiento está fijado en el art. 48 del TUE) se halla en que la fase de preparación de la reforma se encomienda a un nuevo órgano que recibe el nombre de Convención Europea, órgano que en opinión de algún sector de la doctrina ha sido portador de forma

implícita de "un mandato constituyente". El antecedente directo de este proceso de cambio y modificación se encuentra en el Discurso de J. FISCHER, en la Universidad Humboldt de Berlín, en mayo de 2000. Apelaba el ministro verde a la recuperación del espíritu de la Declaración Schuman de 1950 que intentaba construir una Federación Europea y que sería beneficioso en la reflexión sobre el futuro y la finalidad de Europa antes de la ampliación. En esos momentos de bajo ánimo porque no se habían podido consensuar las reformas necesarias en las dos últimas C.I.G., el discurso de Fischer obligó a los líderes europeos a manifestarse dialécticamente a favor de fórmulas intergubernamentales o de ideas federalistas. Lo novedoso es que casi todos, sin estar de acuerdo en su alcance y significado, se pronunciaron a favor de fórmulas federales; Sí hubo consenso en que ante el desgaste del método intergubernamental, el método federal para la integración europea podía ser una garantía de eficacia.

Pero, aunque nos cueste admitirlo y a pesar de que la UE adquiere naturaleza política y se aleja cada vez más del modelo de organización internacional originario, se sigue manteniendo el método de reforma propio de una organización internacional clásica (el método diplomático, mediante una Conferencia Intergubernamental). Por ello se insiste tanto en el "déficit democrático" por la falta de transparencia y control de la negociación. Este hecho le hace al Parlamento Europeo considerar agotado el método diplomático de reforma y pedir que en las próximas modificaciones de los Tratados el procedimiento sea distinto. La debilidad y escasa eficacia del método diplomático se apreció con claridad meridiana en la C.I.G. de 2000 que convivió en el tiempo con la CONVENCIÓN que redactó la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Destacó la eficacia y la transparencia de este segundo método de trabajo que será el adoptado por la Declaración nº 23 anexa al Tratado de Niza para debatir de cara a la siguiente reforma.

Así las cosas, nos encontramos con la siguiente aporía: jurídicamente, al estar vigente el art. 48 del TUE es la CIG quien tiene la facultad de aprobar la reforma de los Tratados, pero, políticamente la CONVENCIÓN era el ente que estaba en la mente de los políticos, académicos, Estados miembros... como el más adecuado para efectuar las modificaciones indispensables. Como la Convención no podía sustituir a la CIG se adoptó un procedimiento en dos tiempos: primero será la Convención Europea la encargada del estudio y la elaboración de las propuestas que elevará a la CIG; y en un segundo momento le corresponderá a ésta pronunciarse con carácter definitivo sobre las propuestas de reforma efectuadas por la Convención; La naturaleza híbrida de la Convención Europea (parlamentaria e intergubernamental) produjo un documento sobre el que se ha discutido mucho: formalmente sigue siendo un Tratado con un contenido especial que le permite ser calificado como "constitucional" y que responde al modelo de la integración europea, el federalismo intergubernamental. Por todo ello, el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa asume desde el principio un carácter híbrido pues, en opinión de la mejor doctrina comunitarista, sigue siendo un Tratado Internacional a suscribir por las partes contratantes, pero que en su contenido material se aprecia el deseo de que funcione y sea una "Constitución para los ciudadanos de la Europa Unida".

5.- La ausencia de un poder constituyente europeo. Los Estados señores de los Tratados

A pesar de las apuestas doctrinales de algunos constitucionalistas y de los elementos constitucionales que los comunitaristas encuentran en el Derecho originario de la UE, hemos de sostener que en la Europa Unida todavía no se cumplen en su plenitud los principios que inspiran el moderno constitucionalismo: el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía de la Constitución. A finales del siglo XVIII y gracias al proceso de desacralización del Estado, surge la creencia de que al ser éste una obra humana, es al pueblo a quien le corresponde establecer sus modos y formas de organización. El principio democrático surge unido de forma inescindible al principio de soberanía popular que se erige en elemento nuclear de la nueva forma de organización política, el Estado; El documento de gobierno ha de ser expresión de la voluntad soberana de un pueblo que es el único sujeto legitimado para decidir la forma en que desea ser gobernado. Esto se realiza a lo largo de un proceso constituyente o de elaboración de una Constitución en el cual se verifican tres momentos diferenciados que ya en 1717 fueron teóricamente formulados por el reverendo J. WISE: Declaración de derechos, pacto social y acto constitucional. Si el reconocimiento de una esfera de libertad absoluta se concreta en las Declaraciones de Derechos, la garantía de los mismos sólo se consigue cuando, una vez aprobada la Constitución el Estado se organiza en base al principio de división de poderes. El pacto social se realiza de manera conjunta con el acto constitucional en el momento en que las Declaraciones de Derechos, que son previas, se incorporan en calidad de parte dogmática a los Textos Constitucionales. Este momento es esencial para determinar quien es el soberano pues, una vez que los individuos a través de su adhesión al pacto social consienten en formar el Estado culminan un proceso en el cual cada individuo cede su parte de soberanía a favor de una entidad nueva que los engloba: El Pueblo que queda como único titular de la soberanía en el Estado y el único capaz de establecer y sancionar la Constitución. La concreción de ese pacto social no sólo tiene lugar en el momento de fundar ó crear un Estado nuevo, sino que también puede darse en el marco de los Estados ya creados cuando se produzcan situaciones revolucionarias. Por lo antes expuesto constatamos que el poder constituyente es un poder político existencial que brota de forma espontánea de la Comunidad que decide darse una Constitución y cuya actuación no puede quedar constreñida por los límites estrechos de unos derechos que encuentran en él su fuente última, ni tampoco por un ordenamiento jurídico anterior a su propio nacimiento.

Porque esto es así el principio democrático es el elemento central de cualquier edificio constitucional y de su cumplimiento depende la existencia de una "Constitución Europea" en su sentido técnico, moderno y actual. Si tomamos como guión el trazado por WISE en 1717 comprobaremos que aún no se han verificado los distintos momentos del proceso constituyente en la Unión Europea. Sostenemos pues, que la concepción liberal del mundo entiende que el punto de arranque para la creación de una comunidad política era el reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta en la que el Estado sólo entraría para asegurar a los burgueses el pleno disfrute de sus derechos, los cuales además de ser reconocidos deberían estar identificados y proclamados en un documento escrito, solemne y formal. A este fin obedecieron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ó el Virginia Bill of Rights de 1776. Esos documentos se convirtieron en la base y fundamento de la actuación del Poder constituyente que se vería limitado por los márgenes trazados en

esas Declaraciones de Derechos. Hasta la fecha en la UE no se ha producido el momento de la libertad, porque no se ha llevado a cabo la redacción y aprobación de un documento que responda a la filosofía de las Declaraciones citadas. Aunque existen algunos documentos jurídicos relativos a derechos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, la Carta Social Europea de 1961, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Y, actualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y que ahora forma parte del Tratado "Constitucional"(parte II). Todos estos textos gozan del valor que les corresponde a las Declaraciones Internacionales de Derechos (art. 10.2 de la CE) que actúan como elementos para la interpretación de las normas constitucionales declarativas de derechos pero que por sí mismas carecen del valor de norma jurídica vinculante y directamente aplicable.

El segundo momento del proceso constituyente es el pacto social que tampoco se ha cumplido hasta el momento presente en la Unión Europea. El europeísmo se ha venido concretando en el deseo de establecer una unidad jurídica política y económica entre los Estados miembros pero, conservando su individualidad como unidades de decisión y acción política. El problema se plantea de cara al futuro cuando analizamos el Tratado "Constitucional"; Según esta norma en dicho proyecto el sujeto constituyente es doble (los Estados por un lado y los ciudadanos por otro y del pacto de ambos surge la "Constitución" - Art. 1). En esta afirmación hay algo que carece de fundamento; La Convención y dentro de ella el Praesidium redactan por encargo del Consejo Europeo de Laeken un proyecto de Constitución antes del nacimiento del poder constituyente, al que además se identifica. El intento de someter al futuro constituyente europeo que por definición habría de presentarse como un poder total, absoluto, soberano e ilimitado no sólo en el contenido de su voluntad sino también en la forma de su ejercicio choca con la naturaleza de "res facti, non iuris" que define al Poder Constituyente y que, a la postre, se traduce en la imposibilidad de que éste se encuentre circunscrito por las decisiones de unos órganos previos a él y en base a un ordenamiento jurídico anterior a su propio nacimiento.

A la vista del Tratado "Constitucional" nos preguntamos si existe ya o va a surgir un único pueblo europeo que se convierte en titular de la soberanía. La respuesta no puede ser positiva, porque la Convención que ha redactado dicho proyecto no es la de Filadelfia; de ella sólo ha tomado el nombre. Pues bien, cuando en Filadelfia los representantes de los distintos pueblos acuerdan crear una única comunidad lo que hacen es renunciar a su individualidad como pueblos diferenciados para integrarse en una unidad política superior y única; el Pueblo de los EEUU de América. Los padres fundadores actuando en nombre de esa nueva colectividad elaboraron y discutieron la Constitución de Filadelfia que posteriormente fue sancionada y establecida por el propio pueblo de los Estados Unidos, en cuanto titular de la soberanía.

Comparando ese proceso con el actual observamos que en Europa no se ha verificado el pacto social y tampoco es evidente la voluntad de que vaya a producirse en un futuro inmediato, porque los distintos pueblos estatales no desean renunciar a su individualidad y trasladar su soberanía a una nueva entidad política: el pueblo europeo. Buena prueba de ello es el fracaso de la Cumbre de Bruselas de diciembre de 2003 donde a través de la actuación de los Jefes de Estado y de Gobierno se hizo patente el

deseo de seguir manteniendo una identidad diferenciada en el marco de una "Europa unidad en la diversidad" que seguirá teniendo una naturaleza internacional insoslayable.

De esta forma ante la inexistencia de un pueblo europeo, la autoridad superior llamada a elaborar, discutir y aprobar el nuevo documento de gobierno de la Unión Europea son todos y cada uno de los Estados que la integran. Pero esa autoridad superior no es un poder constituyente porque, éste solo puede nacer cuando, como consecuencia del pacto social surge una nueva colectividad, el Pueblo como ente unitario, que se sabe soberano y que es el único legitimado para decidir el modo y la forma en que va a ser gobernado. El Tratado "Constitucional" debe ser entendido como un Tratado Internacional en la línea de los Tratados Fundacionales, que pese a sus defectos apreciables no es otro Tratado más en la construcción de la Europa unida en la diversidad, pero, pensamos que tampoco será el último texto para llegar a conseguir los objetivos deseados, pero nunca prometidos.

6.- El principio liberal como sistema de garantías de la democracia

Si el principio democrático condiciona la construcción del edificio constitucional, el principio liberal se presenta como el sistema de garantías que condicionan la idea de democracia. Los dos grandes supuestos de la concepción liberal del mundo, el principio de la división de poderes y el reconocimiento de los derechos y libertades del individuo, suponen los cimientos de toda la construcción constitucional. (Art. 16 de la DDHC de la Revolución Francesa). Así pues, si no podemos definir la Constitución sin mencionar la división de poderes tampoco se puede abordar el tema de los derechos fundamentales sin tomar en consideración la posición que cada uno de los poderes del Estado ocupa en relación con los mismos. E incluso no pueden ser objeto de análisis los regímenes políticos sin tener en cuenta que son varios los poderes que tienen que ser combinados para que un régimen político democrático funcione o sea operativo. Esto se origina porque en el Estado Constitucional la soberanía estatal excluye toda competencia en el ejercicio del poder; Y como el poder único puede convertirse en instrumento de opresión, es preciso el principio de la división de poderes para mantener la libertad conseguida.

Si trasladamos este esquema al supuesto de la Unión Europea observamos que el principio de la división de poderes deja mucho que desear, porque el sustrato de funcionamiento de esta organización supranacional es el principio de colaboración de funciones. De aquí el reiterado y manido "déficit democrático" de que se le acusa, aunque el poder aparece repartido entre distintas instituciones; El problema se presenta porque hasta el Tratado de Maastricht el efecto dominante estaba en que se gobernaba de espaldas a los ciudadanos de la Europa unida; O sea, que aunque las Comunidades no "han sido democráticas" el poder está y estaba dividido y ningún órgano ha logrado monopolizarlo, pero, esa dispersión del poder no se ha hecho conforme a los postulados del principio liberal. Cualitativamente hablando no se puede establecer una comparación entre la división de poderes de las Constituciones democráticas y la cooperación y participación de varias instituciones en una misma función o competencia de las Comunidades Europeas. Las funciones de decisión y control están separadas pero no lo están las instituciones que las realizan, ya que en la organización internacional objeto de estudio varias instituciones pueden concurrir en una misma función y además las denominaciones de las instituciones no se corresponden con las funciones estatales.

La complejidad del sistema institucional comunitario es muy complejo y original debido al proceso continuamente abierto que integra no sólo a los Estados que siguen siendo soberanos, sino también a los pueblos de esos Estados.

Así, el Consejo de la Unión comparte en numerosos ámbitos el poder legislativo con el Parlamento Europeo; Ambas instituciones representan las dos ramas del poder legislativo. Sin embargo, por el momento los legisladores comunitarios carecen de iniciativa legislativa directa aunque subsidiariamente pueden solicitar proyectos a la Comisión, de quien depende el inicio de toda norma jurídica en las Comunidades Europeas. Además de ser colegislador, el Consejo es el titular de amplios poderes ejecutivos por lo que adopta normas generales o de base y también en casos justificados, las de ejecución o, en su caso, atribuir la ejecución a la Comisión bajo ciertas modalidades de seguimiento o control; en estos casos el Parlamento Europeo también se desprende de poder normativo sin gozar del mismo control. Así las cosas, el poder ejecutivo en las Comunidades Europeas se reparte entre el Consejo y la Comisión que desde el Tratado de Maastricht ya no tiene las competencias exclusiva de velar por el cumplimiento de los Tratados y es el Banco Central Europeo el ente que asume esa tarea de supervisión y guardián en el ámbito monetario.

En conclusión: En el ejercicio de los tres poderes clásicos en el ámbito comunitario pueden concurrir varias instituciones que ejercen funciones de muy distinta naturaleza. Las interrelaciones que se dan convierten la colaboración en algo continuo y necesario además del respeto al sistema de pesos y contrapesos establecido. El fundamento del éxito del sistema y la clave de bóveda ha sido el principio del equilibrio institucional. Los fundadores de las Comunidades Europeas optaron por esta organización peculiar porque querían evitar cualquier emulación estatal y porque deseaban superar las reticencias que hicieran fracasar un proyecto indispensable en sus orígenes para la paz de Europa. De esta colaboración de funciones resulta un sistema de gobierno muy peculiar que no podemos calificar de Parlamentarismo porque éste no se ha desarrollado; sólo se dan relaciones de censura y confianza entre el Parlamento y la Comisión, y el Presidente de ésta, hasta ahora, no era votado por el Parlamento. El control parlamentario sobre la Comisión se efectúa a través de preguntas y comisiones de investigación. Los Consejos Europeo y de Ministros están en una posición tan elevada que prácticamente no pueden ser controlados por el Parlamento y las relaciones que este órgano mantiene con ellos no tienen relevancia: Respecto a la forma de Estado, siempre se ha dicho que la Comunidad Europea nació con vocación federalizante y que esa idea se mantiene en la Unión Europea que según los expertos se organiza conforme a los esquemas del federalismo que desplazó al originario funcionalismo y que se asienta en el principio del consentimiento.

El proceso inacabado sigue abierto y una vez consolidada la unidad económica y en parte jurídica, se ha comenzado la fase de unidad política; La Europa Unida se nos presenta como una organización de Estados cuya verdadera naturaleza jurídica no es fácil determinar porque, si bien es cierto que se organiza conforme a la técnica del federalismo, hoy por hoy no responde de manera exacta ni al concepto clásico de Estado Federal ni al de la Confederación de Estados aunque tenga rasgos de ambos (en lo que a la modificación de sus normas se refiere y a la eficacia de las normas jurídicas emanadas de los órganos centrales de la Unión de cara a los ciudadanos aparece como una realidad intermedia y equidistante de la Confederación y del Estado Federal).

Por lo que respecta a las competencias las que posee la Comunidad son habilitaciones específicas para hacer algo concreto y aunque los fines de esta organización internacional sean muy extensos no dispone de todos los poderes necesarios para lograr sus objetivos. Luego, las competencias comunitarias (de las que goza gracias a los supuestos de quebrantamiento constitucional que las Constituciones de los Estados miembros prevén - como el art. 93 de la CE-) son específicas, limitadas y expresas. Carece de competencias propias y originarias y la forma híbrida de la Comunidad Europea impide el efecto mimético de los Estados Federales. La Unión Europea que engloba a las Comunidades Europeas actualmente es un ente político atípico que no tiene en el horizonte sustituir a los Estados soberanos que se han asociado para hacerla nacer a la vida jurídica.

Además del postulado de la división de poderes el liberalismo democrático considera imprescindible el reconocimiento de los derechos y libertades del individuo en toda construcción constitucional. Esos derechos fundamentales debían ser reconocidos y garantizados en la Constitución, sobre todo frente a los poderes públicos. De esta suerte, de la concepción de la democracia como simple ejercicio del poder por el pueblo se pasa al entendimiento de la democracia como garantía de la libertad. Sucede, en cambio, que los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas no contienen ni un catálogo global de derechos ni un específico sistema de garantías. Se debió al momento histórico fundacional y a dos cuestiones de relevancia especial: la perspectiva económica de los Tratados y el fracaso político de la Comunidad Europea de Defensa (1952) y de la Comunidad Política Europea (1953). El silencio de los Tratados fue deliberado porque los autores de los Tratados optaron por dejar a los sistemas jurídicos nacionales la protección necesaria a los ciudadanos contra las intrusiones ilegales de la Comunidad en la esfera de dichos derechos. Incluso un catálogo de derechos reconocido de forma expresa en aquel momento hubiera obligado a plantear el tema espinoso de la primacía del Derecho Comunitario que tampoco está previsto en los Tratados. Es decir que si los actos de las instituciones comunitarias aparecieran como actos de un legislador que debiera observar un catálogo de derechos, con todas las connotaciones constitucionales que ello conlleva, el tema de las relaciones Derecho Comunitario - Derecho Interno hubiera salido a la luz pública con mucha más fuerza desde el principio. El tema fue planteado posteriormente en términos de contraste entre la protección que expresamente se fija en las Constituciones Estatales y el silencio de los Tratados. Por ello el TJCE se vio obligado a construir una protección de los derechos a partir de las reclamaciones de los particulares que alegaban su derecho constitucional para intentar invalidar determinados actos de derecho comunitario.

Fue la práctica del Tribunal de Justicia, que de una fase inhibicionista pasó a otra proteccionista de derechos, la que estableció que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el TJCE. La década de los años sesenta, al consolidar los principios de autonomía, eficacia directa y primacía del ordenamiento comunitario, hizo afrontar con mayor rapidez el problema de la protección de los derechos a partir de la Sentencia STAUDER. La metodología utilizada para integrar dicha afirmación en el Derecho Comunitario consiste en recurrir a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, sobre todo el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La legitimación general es necesaria pero no suficiente para la utilización de reglas externas al ordenamiento comunitario a la hora de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión y la base legal que permite al TJCE la utilización de unos principios generales no escritos la encontramos en el art. 6.2 del TUE (antiguo F.2) que dice:

"La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes en los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario".

La referencia al CEDH tiene únicamente un valor de guía para el TJCE que tiene un elevado margen de maniobra. Al existir un catálogo codificado las pautas que el Tribunal de Luxemburgo sigue son más claras que en el caso de las tradiciones constitucionales comunes. La referencia al CEDH ha sido y es un factor clave para la identificación de los derechos fundamentales pero al no formar parte del Derecho Comunitario, el TJCE puede realizar una configuración propia de los derechos reconocidos en el mismo sin estar obligado a seguir en detalle la interpretación que al respecto hayan realizado los órganos de Estrasburgo. La inexistencia de un catálogo de derechos y de las correspondientes garantías específicas obliga a concluir que actualmente en el seno de la Unión Europea el reconocimiento por parte del TJCE se hace mediante los recursos previstos en los Tratados para garantizar, en general, el respeto del Derecho Comunitario, especialmente el recurso de anulación cuyo acceso a los particulares es muy restringido, y también con la cuestión prejudicial del Art. 234 del TUE.

Las cosas no cambiaron con el Tratado de Ámsterdam de 1997 que al reformar el Tratado de Maastricht aportó muy pocas novedades en materia de Derechos Fundamentales. Fue el acuerdo del Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 el que tomó la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales que pusiera de manifiesto entre los ciudadanos de la Unión, de forma clara y visible sus derechos fundamentales vigentes, su significado y alcance, en cuanto exigencia de la actual evolución de la Unión Europea. Ahora bien, la Carta de Derechos de la Unión Europea no se inserta en un proceso constituyente que se haya abierto en la UE; No obstante, es un paso adelante en el proceso político de construcción de la Europa Unida porque supera la mera visión economicista de esta organización internacional y mira hacia la Unión y los ciudadanos de los Estados que la integran como una entidad política fundada en valores comunes, en la que el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona y los principios de la paz, la democracia y el Estado de Derecho constituyen sus pilares básicos.

El procedimiento de elaboración de la Carta fue fijado en el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 y como cuestión novedosa se encomendó dicha tarea a un órgano, autodenominado Convención, amplio y heterogéneo que utilizó un método de trabajo complejo a caballo entre el procedimiento "intergubernamental" y el procedimiento "parlamentario" tratando de encontrar, mediante el consenso soluciones de compromiso. El punto débil del proceso fue el problema espinoso de la naturaleza jurídica de la Carta que había quedado abierto en el Consejo Europeo de Colonia. Este

documento que consta de un Preámbulo y 54 artículos, muestra los derechos sin destruir la Unión, pero no crea ninguna competencia ni objetivos nuevos para la Comunidad y para la Unión, ni modifica las competencias y los objetivos definidos por los Tratados.

Finalizados los trabajos de la Convención el proyecto de Carta fue sometido a la consideración de los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de Biarritz, en octubre de 2000. Su contenido no fue cuestionado pero los 15 Estados miembros se dividieron en torno al problema de su obligatoriedad. Por ello, en la Cumbre de Niza, al margen del Consejo Europeo, el 7 de diciembre de 2000, los Presidentes del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión, proclamaron conjuntamente al CDFUE. Y a esto quedó reducida: Se trata de un texto político, como lo fue la DDHC de 1789, sin valor jurídico, de momento. Dicho valor, que la doctrina reclama, se hubiera conseguido con una revisión del art. 6.2 del TUE añadiendo una referencia a la Carta como expresión máxima de los derechos que la UE se compromete a respetar. No hubo consenso y al reducirse ésta a una declaración política programática mantenemos que en la UE del Tratado de Niza, vigente, el momento de la libertad desde la Teoría Democrática del Poder Constituyente, aún no se ha producido.

Fue el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001 el que designó otra Convención encargada de dar respuestas de naturaleza constitucional a las cuestiones más relevantes sobre el futuro de la UE. Así, de cara a la C.I.G. que se abrió en Roma en otoño de 2003, entre otras cuestiones, esa segunda Convención tenía como objetivo nº 4 la adopción de un texto constitucional que debía incorporar, después de solucionar el tema de su naturaleza jurídica, la carta de los Derechos Fundamentales de la UE. El fracaso de la Cumbre de Bruselas de los días 12 y 13 de diciembre de 2003 ha hecho que de momento las cosas sigan como están. Se le quiere conceder un alcance “reconocedor” de los derechos preexistentes, atribuyéndoles un plusvalor que le viene dado por su propia estructura y conformación; Los derechos se clarifican y su conocimiento es más fácil. Sirvió para preparar el camino al Tratado Constitucional y aunque no se haya eliminado el déficit democrático de la UE al menos tiende a disminuirlo porque las autoridades comunitarias, al proclamar la Carta y luego introducirla en la Parte II del precitado Tratado, han limitado sus poderes al reconocer que se encuentran vinculados a la misma. Esos derechos tendrán carácter jurídico obligatorio cuando los poderes públicos de la Europa Unida apliquen el Derecho Comunitario, a partir de 2007, cuando entre en vigor la norma internacional recientemente aprobada. Pero, el grado de vinculatoriedad de esta norma, contenedora de principios que han sido positivados, no es comparable al que se desprende de una Constitución normativa.

Bibliografía

- ALDECOA LUZARRAGA, Francisco, *Una Europa. Su proceso constituyente 2000-2003*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.
- ALONSO Y GARCÍA PÉREZ TREMPs, P. (dir.), “Constitución europea, constituciones internas e integración”, CDP, nº 13, 2001.
- AMATO, G., “La Convenzione Europea. Primi approdi e dilemmi aperti”, *Quaderni Costituzionali*, año XXII, nº 3, 2002.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “Hacia una Constitución Europea: Comentarios sobre los trabajos de la Convención” *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, 2003.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, “Derechos fundamentales y competencias de la Unión: El argumento de Hamilton”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, enero-abril 2003.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst, “Escritos sobre derechos fundamentales”, *Nomos Verlagsgesellschaft*, Baden-Baden, 1993.
- _____, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- BODIN, Jean, *Les Six Livres de la République*, Ed. Aguilar, Madrid, 1961.
- CARRE DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
- CARRERAS SERRA, Francesc, “Análisis del Proyecto de Constitución Europea” *RFDUC*, nº 18, Madrid, 1994.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., “El futuro de la Unión Europea. Algunas reflexiones sobre el papel de Europa en el mundo contemporáneo a la luz de la Declaración de Laeken”, *Revista de Occidente*, febrero, 2002.
- CEBADA ROMERO, Alicia, “La naturaleza jurídica de la Unión Europea: Una contribución al debate sobre su personalidad jurídica a la luz de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, enero-abril, 2003.
- CORCUERA ATIENZA, J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- DE HOUSSE, R., “Nacimiento de un constitucionalismo transnacional”, *Foro Internacional*, nº 2, abril-junio, 2002.

- DEHANE, Weizsäcker y Simon, “Las implicaciones institucionales de la ampliación, 18.10.1999”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 6, julio-diciembre de 1999; Comunicación de la Comisión al Consejo, al PE, al CES y al CDR: “Adaptar las instituciones para que la ampliación sea un éxito”, Bruselas, 2.12.1999. Dictamen preceptivo de la Comisión: “Adaptar las instituciones para que la ampliación sea un éxito”. COM (2000) B4 en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-junio de 2000.
- DELAGE, F. y VALCÁRCEL, D., “Europa y su Constitución. Valores, interés y estrategias”, *Política exterior*, nº 96, 2003.
- DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M., “Constitucionalismo de la Unión Europea”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ SOLA, N., “La subjetividad internacional de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 11, 2002.
- FREIXES, T. y REMOTTI, J.C., *El futuro de Europa. Constitución y Derechos Fundamentales*, Valencia, 2002.
- FRIEDICH, C.J., *Europa: el surgimiento de una nación*, Madrid, 1969.
- HABERMAS, J., “¿Por qué Europa necesita una Constitución?”, *New Left Review*, nº 11, 2001.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., *El Federalista*, México, 1982.
- HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, UNAM, 1965
- HERRERO DE LA FUENTE (ed.), “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar”. Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza, nº 2, Zamora, 2003.
- IPSEN, H.P.: “Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften” en ISENSEE-KIRCHHOF (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1992.
- ISNARD, “Archives Parlamentaires”, Vol. LXIV.
- JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1978.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1991.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994.

- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: “Una idea constitucional de la Europa de los ciudadanos”, *R.E.P.*, nº 119, Madrid, 2003
- MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- MARTÍN y PÉREZ DE NACLARES, José, “El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 15, Madrid, 2003.
- MORTATI, Constantino, “La Constitución en sentido material”, CE Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- OREJA AGUIRRE, M., “En busca de una Constitución para Europa”, *Política Exterior*, nº 88, 2002.
- PÉREZ CALVO, Alberto, *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Madrid, 1994.
- POIARES MADURO, Miguel, “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *R.E.P.* nº 119, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., “La constitucionalización de la UE”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 16, 2003.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “La “Constitución Europea” y la teoría del poder constituyente”. Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- SCHMITT, Kart, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1992.
- WEILER, J., “Federalismo y constitucionalismo. El Sonderweg de Europa”, *Revista de Occidente*, 2002.

La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, un Punto y Seguido

Laura Zúñiga Rodríguez *

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Características de la nueva criminalidad y los retos que plantea al sistema penal. 1. La empresa como organización generadora de riesgos. 2. La persona jurídica como construcción jurídica que dificulta establecer la responsabilidad individual. 3. Principales consecuencias en el ámbito penal de la existencia de esta nueva criminalidad. 3.1. Acentuación de los fines preventivos del Derecho Penal. 3.2. Preponderancia de bienes jurídicos colectivos. 3.3. Superación del problema causal. 3.4. Dificultades para determinar a las víctimas y los resultados lesivos. III. Los modelos de responsabilidad individual: la *deconstrucción*. 1. El modelo de la responsabilidad de los órganos y representantes. 2. El modelo de responsabilidad del titular de la empresa. IV. La responsabilidad penal de la propia persona jurídica. Principales problemas. 1. La responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema sancionador administrativo. 2. Las consecuencias accesorias. 3. La construcción dentro del propio Derecho Penal o un modelo paralelo. 4. Problemas de injusto y culpabilidad del modelo. V. Conclusiones: De la deconstrucción a la construcción de un modelo de responsabilidad penal a la persona jurídica.

I. Planteamiento

El asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se está convirtiendo en el Derecho Penal en lo que Merton –en ciencias sociales– llamaría un *strategic research site*, porque cruza diagonalmente todos los temas de la teoría del delito y plantea necesariamente la revisión de sus presupuestos, esto es, la actualidad de los principios limitadores del *ius puniendi*¹, las vinculaciones entre injusto penal e injusto

* Profesora Titular de la Universidad de Salamanca.

¹ La tensión entre las demandas de eficacia y los principios limitadores del poder punitivo del Estado es uno de las cuestiones actuales más debatidas en el Derecho Penal al hilo del auge de la nueva criminalidad propia de un mundo globalizado. Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustrializadas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2001, pág. 83: “...la exigencia de dar respuesta a la globalización y a su delincuencia se concibe, en general, en términos *punitivistas*, esto es, de evitación de hipotéticas lagunas, así como de rearme jurídico penal frente a modelos de delincuencia que crean una fuerte sensación de inseguridad no sólo a los individuos, sino también –y de modo especial– a los propios Estados”. Vid más ampliamente Zúñiga Rodríguez, *Política Criminal*, Colex, Madrid, 2001, págs. 271-277.

administrativo², las relaciones del Derecho Penal con otras ramas del ordenamiento jurídico, la tendencia actual expansiva de la intervención penal³, la legitimidad del recurso penal para los nuevos delitos socioeconómicos, entre otros. Además, afecta a dos de los temas actuales de la Política Criminal moderna: la criminalidad organizada y el terrorismo, puesto que en el núcleo de ambos tipos de delincuencia está la persona jurídica y las organizaciones. De ahí que abordar esta cuestión de una manera seria y no tangencial requiera irremediablemente ahondar en los presupuestos y seguramente escape de sus soluciones simplistas como las manidas “posiciones a favor” versus “posiciones en contra”. Seguramente, también, aquí esté el “talón de aquiles” de esta cuestión: la imposibilidad para llegar a consensos sobre las cuestiones fundamentales del Derecho Penal, de las que se ha discutido a lo largo de todo el desarrollo de esta disciplina, que pueden sintetizarse en el problema de la *responsabilidad penal*.

Tampoco considero que la metodología propia para abordar este tema sea la de plantear la confrontación entre argumentos políticocriminales de eficacia frente a

² No se puede en el poco espacio de un artículo zanjar esta cuestión, pero al ser un tema crucial para el debate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es necesario sentar los términos del mismo y dejar clara la postura personal, en tanto presupuesto de la discusión. Los esfuerzos desde Goldschmidt por encontrar un criterio diferenciador entre injusto penal e injusto administrativo han sido prácticamente vanos. Así es dominante la consideración de que no existe una diferencia ontológica entre ambas infracciones; prueba de ello son delitos que se convierten en infracciones administrativas y viceversa, como las infracciones tributarias. En la doctrina administrativista Vid.: García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 2º ed., Madrid, 1984, T. II, págs. 147 y ss. Parada Vázquez, “Las sanciones administrativas”, en AA. VV., *La empresa en la CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1989, pág. 542. Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, pág. 34. “Nada hay, ontológicamente distinto entre unas sanciones y otras. Su sustancia es la misma y por consiguiente, nada justifica que **los principios, que constituyen expresión de esa sustancia**, sean diferentes en uno y otro caso” (el subrayado es mío). En el ámbito penal: Vid. específicamente: Martínez Pérez, “La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo”, en *EPC*, Nº VI, 1983, pág. 205. García Arán, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *EPC*, Nº XVI, 1993, pág. 101. Polaino Navarrete, “Derecho Penal criminal y Derecho administrativo sancionador”, en *RCLM*, Nº 7, 1989, pág. 77. Por el traspaso de todas las garantías penales al ordenamiento administrativo sancionador se pronuncian todos los autores que consideran que no existe una diferencia sustancial entre ambos injustos Vid. por todos Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Introducción I*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 45-. En contra, aduciendo un menor nivel de garantías en el ordenamiento administrativo. Vid. Cid Moliné, “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, ob. cit., pág. 141 y Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 125, para quien “...lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanción al mismo. A este respecto es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de la Administración imponga sanciones privativas de libertad”. Personalmente creo que no se puede sostener que entre ambos hay solo una diferencia de grado, siguiendo a Antón Oneca, *Derecho Penal*, anotado y corregido por J. Hernández y B. Merino, Akal, 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 22; o Torío, “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema penal)”, en *Estudios sobre la CE en Homenaje a García de Enterría*, T III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2538-2539. En todo caso, el traspase de los principios penales al sistema sancionador administrativo es una necesidad políticocriminal (principio de intervención mínima) si se quiere limitar la potestad punitiva del Estado en general; aunque habrá que reflexionar por especies de delitos. Vid. más ampliamente, Zúñiga Rodríguez, “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del Derecho Penal o una ‘penalización’ del Derecho administrativo sancionador?”, en AA. VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha / Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 1430 y ss.

³ Vid. por todos Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustrializadas*, ob. cit., passim.

imposibilidades de orden dogmático⁴. Hoy en día las soluciones dogmáticas pasan necesariamente por dar cabida a problemas de orden políticocriminal, desde Roxin. Y por lo menos este es un primer punto de acuerdo que no merece la pena remover.

Encontrar el hilo de la madeja en esta cuestión no es nada fácil si se quiere analizar un tema en el que la visión del penalista está sesgada para abordar el objeto de la criminalidad de grupo, dado que el principio de la responsabilidad personal (léase persona individual) constituye el pilar en el cual se asienta toda la estructura de la teoría del delito. Por tanto, un primer paso que hemos dado quienes nos hemos aproximado al tema es el de de-construir este andamiaje teórico intentado comprobar la validez del mismo, poniendo a prueba los modelos de resolución de responsabilidad individual frente a estas nuevas formas de criminalidad organizada, empresarial, transnacional, en la que los sujetos colectivos constituyen una pieza clave. De ahí que la metodología utilizada en esta ocasión sea la de, en una primera parte, *deconstruir* el modelo de responsabilidad personal y, una segunda parte, en la que se proponga un modelo de construcción o de solución.

Una dificultad más antes de abordar la cuestión. La teoría que tiende a la abstracción y a la generalización se encuentra con una práctica plagada de importantes diferenciaciones. La abstracción *persona jurídica*⁵ no comprende las mismas agrupaciones de personas en los mismos países, ni se refiere a todas las organizaciones con potencial poder criminógeno. Es una construcción jurídica⁶ que depende de cada legislación y no comprende, las asociaciones de hecho. De ahí que sea conveniente señalar previamente a qué sujetos colectivos nos estamos refiriendo al encuadrar el tema. En términos económicos –funcional a los delitos socioeconómicos- la definición que prima es *empresa*, en tanto unidad económica del mercado constituida para producir bienes y servicios⁷. Pero también hay asociaciones de personas que no tienen fines de

⁴ Respecto a este supuesto debate entre eficacia (vertiente políticocriminal) y principios (vertiente dogmática), vale la pena aclarar que en ningún caso se ha propuesto la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por imposibilidades probatorias de la responsabilidad individual. Más bien, consideramos que las dificultades probatorias provienen de los inconvenientes de la dogmática desarrollada desde la responsabilidad individual para solucionar los problemas de delincuencia cometida por grupos organizados.

⁵ Utilicemos la definición de De Castro y Bravo, *Persona jurídica*, pág. 268: La persona jurídica consiste en “un grupo de personas (tipo asociación) o en una organización (tipo fundación), que constituyen unidades cerradas herméticamente, con propia e inviolable zona íntima; y, siempre como la persona física, con la capacidad de sujeto de derechos y obligaciones, participando como tal en el tráfico jurídico por medio de sus órganos”.

⁶ La teoría general del Derecho sobre la persona jurídica considera que ésta es sujeto del Derecho en general. Los estudios modernos prescinden de la discusión sobre su naturaleza ficticia, real o supraindividual. Como dice Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, 4ª ed., Barcelona, 1991, págs. 232 y ss, el enfoque correcto consiste en centrar el análisis en las funciones que la expresión “persona jurídica” cumple en los distintos contextos. En suma, la noción “persona jurídica” es una muestra del poder de síntesis de una complejidad de enunciados que describen conductas de ciertos individuos y tienen en cuenta una serie de normas jurídicas.

⁷ Este es el concepto que ha servido de elemento aglutinador para los delitos considerados “criminalidad de empresa”, a partir del famoso libro de Shünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn/München, Carl Herymanns Verlag, 1979. Asimismo, Vid. Shünemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en *ADPCP*, 1988, pág. 531: “Delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa”. Indudablemente nos estaríamos refiriendo al concepto amplio de delitos socio-económicos (que acoge el CP, dicho sea de paso), incluyendo delitos patrimoniales como la estafa y los delitos contra el medio ambiente.

lucro como las empresas, que también pueden ser agentes criminógenos, como puede ser un partido político, o una simple asociación sin fines lucrativos, por lo que conviene ampliar el espectro conceptual a *los delitos que se cometen en una organización*⁸ de *personas*, al margen de su personería jurídica⁹. En suma, si buscamos un denominador común en este tipo de criminalidad es sin duda *la organización*¹⁰.

No es conveniente adentrarse en el debate teórico sin tener como horizonte dos hechos de la vida real que han influenciado la Política Criminal internacional y nacional centrándola en el terrorismo y la criminalidad organizada, que son: los atentados del 11 de septiembre de 2001 y las resoluciones de la Audiencia Nacional de agosto y octubre de 2002 en las se ha resuelto suspender las actividades de la asociación política Batasuna. En ambos casos el denominador común es la comisión de delitos por parte de organizaciones férreamente estructuradas en las que la utilización de empresas (personas jurídicas), asociaciones y organizaciones al margen del Derecho, se entrecruzan en un conglomerado económico y criminal difícil de deslindar. Pero hay que tener en cuenta otro hecho que muestra la impunidad de las organizaciones empresariales. El hundimiento del buque petrolero *Prestige* en noviembre de 2002, en las costas de Galicia, donde la dificultad para detectar el patrimonio de la empresa que debe responder por los daños ocasionados es ingente, porque se trata “banderas de conveniencia”, es decir, empresas que fletan barcos y cuyo domicilio está en paraísos fiscales¹¹, en las que la determinación de los reales propietarios se asemeja a las famosas muñecas rusas. El único que ha respondido en este momento es el Capitán, a quien se le detuvo y se le impuso una fianza de tres millones de euros.

Previamente a analizar el proceso de *deconstrucción* y construcción de las respuestas penales a propósito de la nueva criminalidad organizada –lo que tradicionalmente se conoce como la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas-, resulta conveniente estudiar un aspecto que sirve de base a este debate: las características de esta nueva criminalidad que plantean nuevos retos al sistema penal.

⁸ La teoría de las organizaciones, enseña que una organización, además de estar encaminadas hacia fines u objetivos específicos, estructura diferenciada horizontal y vertical, sistema de roles individualmente asignados, lo que le da entidad propia es la racionalidad, la manera como la organización define su objetivo. Cfr. Mayntz, *Sociología de la organización*, Alianza Universidad, 5ª reimpresión, Madrid, 1990, pág. 26.

⁹ En este punto, modifíco mi punto de vista sostenido en Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2003, pág. 49, en donde digo que para establecer como sujeto de imputación a la agrupación tiene que tener personería jurídica. Mi estudio más profundo sobre las organizaciones me hacen sostener que se trata de formaciones sociales con entidad propia al margen de la personería jurídica. Cfr. Mayntz, *Sociología de la organización*, ob. cit., pág. 80: “Las organizaciones fuera del ordenamiento jurídico se encuentran amenazadas constantemente por sanciones estatales. El mantenimiento en la clandestinidad es para ellas el principio dominante; amoldarse constantemente a acontecimientos imprevistos”.

¹⁰ La concepción de la organización como sistema social es dominante hoy en la teoría de las organizaciones. Se trata de una formación social continente de diversos subsistemas (grupos, individuos, etc.) y contenido a su vez en sistemas más amplios (Comunidad, Sociedad, etc.). Cfr. Mouzelis, *Organización y burocracia. Un análisis de las teorías modernas sobre organizaciones sociales*, 3ª ed., Ediciones Península, Barcelona, 1991, pág. 185.

¹¹ Vid. El País, 8 de noviembre de 2002, pág. 28: “Ni la compañía Crown Resources, la petrolera que fletó el el Prestige, ni Alpha Group, el consorcio ruso para el que trabajaba el buque, están dispuestos a asumir responsabilidad alguna.”-

II. Características de la nueva criminalidad y los retos que plantea al sistema penal.

Cada sociedad produce su propia criminalidad o, dicho de otro modo, la criminalidad es reflejo de las relaciones sociales. Los rasgos de la criminalidad actual están condicionados fundamentalmente por el espectacular desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, especialmente centrado en el área de las telecomunicaciones y la información. La rapidez con que se pueden mover las personas, las ideas, las cosas, el dinero, en un mundo donde ha primado la ideología del libre mercado, ha generado la posibilidad de lucrar ilícitamente de manera mucho más fácil y efectiva. La criminalidad organizada con sus enormes ganancias ilícitas progresa a pasos agigantados utilizando la corrupción económica y la corrupción política, en la cual el eje de la misma la constituye la gran empresa.

La capacidad real de dominio en el mercado y en el poder político de las grandes empresas, en momentos históricos en los que existen empresas multinacionales que poseen un volumen de negocios superior al de muchos Estados¹², es un hecho incontrastable y que jurídicamente plantea problemas no solo de orden económico, sino también de tipo político¹³. Dicha capacidad real de las grandes empresas, las centra como eje de la criminalidad empresarial y la criminalidad organizada dentro del mercado internacional de nuestros días. Se estima que la criminalidad económica ligada al mundo financiero y a la gran banca, recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, más que el producto nacional bruto (PNB) de un tercio de la humanidad¹⁴. Sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera del alcande de sanciones graves a los sujetos económicos y políticos más importantes de nuestra era.

Otro vector importante para entender esta nueva criminalidad es el propio dinamismo que ha generado la tecnología como objetivización de la obra del hombre y cuyas leyes no se pueden explicar con las tradicionales teorías causales. Se habla de “Sociedad del riesgo”, “Derecho Penal del riesgo”, “epistemología del riesgo”, pero todas ellas denotan esa angustia vital del hombre moderno por pretender dominar la naturaleza, cuando ésta ya ha tomado vida propia y se rige por reglas independientes de la voluntad humana. En el plano criminológico esto supone que la unión entre tecnología y energía humana en manos de grandes organizaciones criminales aumenta de forma exponencial su capacidad criminógena. Es la llamada *macrocriminalidad*, puesta de manifiesto en los atentados del 11 de septiembre de 2001, cuyo tratamiento por parte de los poderes públicos está desbordando las reglas de imputación penal, para ser abordadas como “nuevas guerras”¹⁵. En el plano jurídico-penal, esto significa que

¹² Cfr. Ramonet, *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*, trad. de J. A. Soriano, Mondadori, Barcelona, 2002, pág. 20: “El volumen de negocios de General Motors es superior al PIB de Dinamarca; el de Exxon Mobil excede al PIB de Austria. Cada una de las cien empresa globales más importantes del mundo vende más de lo que exporta cualquiera de los ciento veinte países más pobres. Estas macro-empresas controlan el 70% del comercio mundial”.

¹³ La soberanía de los Estados nacionales ya tocada por el nacimiento de uniones de países que desplazan su centro de decisiones a instituciones ajenas a sus propias fronteras, necesariamente tiene que verse resentida ante el poder económico de estas grandes empresas.

¹⁴ Ramonet, *Guerras del Siglo XXI. Nuevas guerras, nuevas amenazas*, ob. Cit., pág. 14.

¹⁵ Según Kaldor, *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*, trad. de M.L. Rodríguez Tapia, Tusquets, Barcelona, 1991, pág. 16: “las nuevas guerras implican un desdibujamiento de las distinciones entre guerra (normalmente definida como la violencia por motivos políticos entre Estados o grupos políticos organizados), crimen organizado (la violencia por motivos particulares, en general el

dada la cantidad de conductas riesgosas para bienes jurídicos importantes en la sociedad y dado que en la lesión de los mismos intervienen muchos otros factores imponderables (“lo desconocido”), el Derecho Penal no puede esperar a que se produzca la lesión de los mismos y centra su núcleo de imputación en la prevención de las conductas riesgosas para los bienes jurídicos, en la *contención del riesgo*. No cabe duda que, entonces, que si se trata de contener los riesgos, es fundamental observar qué sujetos son los principales agentes criminógenos.

1. La empresa como organización generadora de riesgos

La realidad social se percibe y estructura como una constante tensión entre seguridad y riesgo, en la que el pragmatismo del consumo y el progreso justifican ciertos peligros para bienes jurídicos. Se trata de riesgos colectivos, riesgos de masas que se admiten por los beneficios que reportan, pero la sociedad se ve en la necesidad de limitarlos, acotarlos para que no se desborden y no produzcan lesiones a bienes jurídicos.

El principal agente de riesgos para los bienes jurídicos colectivos de nuestros días es la empresa. Los delitos contra el medio ambiente, contra los trabajadores, contra la salud pública (responsabilidad por el producto), fraudes contables, etc., se cometen principalmente en el seno de empresas. No sólo dentro del comercio legal, sino también dentro de los tráficó ilícitos encontramos que en la mayoría de los casos existen empresas (reales, fantasmas, interpuestas, en cadena, etc.) que intervienen facilitando la impunidad de los hechos por el camuflaje dentro de la estructura de una persona jurídica.

En las sociedades postindustrializadas la trascendencia social y criminológica de la criminalidad de empresa desplaza en importancia a la llamada “criminalidad clásica”, aunque en muchos casos permanezca en las cifras negras¹⁶ y la persecución penal aún sea muy deficitaria. Factores sociales también favorecen este déficit de penalidad, como el hecho de tratarse de una criminalidad cometida por sujetos de alto *standing* social, muy bien valorados socialmente (*collar white crime*), quienes están bien relacionados con el poder económico y político¹⁷.

En todo caso, la empresa se manifiesta como una importante fuente de riesgo para bienes jurídicos fundamentales como la vida, la salud, riesgos que se desarrollan en tres momentos:

- a) *En el propio proceso de producción*: es el caso de los accidentes laborales. El trabajador al estar en contacto con la máquina y realizar actividades peligrosas en el desenvolvimiento de sus labores, pone en riesgo su vida y su salud.
- b) *Con los bienes producidos por la actividad industrial*. La producción masiva de productos y alimentos en grandes escalas, su comercialización por

beneficio económico, ejercida por grupos organizados privados) y violaciones a gran escala de los derechos humanos (la violencia contra personas individuales ejercida por Estados o grupos organizados políticamente).

¹⁶ Los espectaculares escándalos financieros en el corazón del capitalismo, Estados Unidos, parecen mostrar solo la punta de un *iceberg* en el que actividades lícitas e ilícitas se entrecruzan.

¹⁷ Las dificultades que está teniendo la jurisprudencia italiana para sancionar delitos en el que está involucrado su Primer Ministro Berlusconi, es una exacerbación de las vinculaciones entre poder económico y poder político.

grandes cadenas dificultan la determinación de los procesos causales que intervienen desde que el producto empieza a elaborarse hasta que llega al consumidor. De ahí la complejidad de la determinación de la responsabilidad por los productos defectuosos.

- c) *Con los desechos industriales*. Los desechos de la actividad industrial pueden ser generadores de riesgos constitutivos de delitos. La emisión de humos, emisión de gases tóxicos, productos radioactivos, etc. Muchos de ellos podrían producir delitos contra el medio ambiente, contra el Patrimonio Artístico, urbanísticos, etc.

La moderna empresa, ha protagonizado en los últimos decenios cambios importantes, en un proceso de concentración de capitales (fusiones, absorciones, etc.), para ser más competitiva en un mercado liberal sumamente exigente, donde la misma tiene que ofrecer el mejor producto al menor coste para el consumidor.

Se puede afirmar que una de las características más destacables del capitalismo de este fin de siglo, es la concentración de grandes capitales con las fusiones y absorciones de empresas, produciéndose grandes sociedades complejas que operan en distintos países: los “grupos de empresas”, “complejos empresariales o de compañías”, “*holdings*” o “conglomerados económicos”, que pueden desarrollarse en distintos países, donde la distribución del proceso de producción, distribución y comercialización se realiza con diferentes empresas, habiendo normalmente una “madre” y “filiales”, aunque cada una mantiene su personería jurídica propia. La funcionalidad de estas “asociaciones de asociaciones”, está precisamente en la optimización de recursos, reduciendo costos y repartiendo riesgos y responsabilidades¹⁸.

Esta complejidad se hace aún más evidente cuando hablamos de la moderna empresa en la sociedad de la información y en el mercado globalizado, donde la organización de la misma ya no es vertical-jerárquica como tradicionalmente lo ha sido, sino que se organiza en redes multidireccionales, la mayoría de las veces vinculadas a una gran empresa, donde las estructuras son altamente descentralizadas y muy flexibles de acuerdo a la flexibilidad de los mercados¹⁹. Siguiendo la definición de CASTELLS²⁰: “La ‘empresa horizontal’ es una red dinámica y estratégicamente concebida de unidades autoprogramadas y autodirigidas basadas en la descentralización, la participación y la coordinación”. Es decir, el modelo organizativo propiciado por el cambio tecnológico y las nuevas necesidades de un mercado muy competitivo y cambiante, donde los riesgos se diversifican en la red, ya no se define como un conjunto de medios orientados a unos fines comunes, sino que la empresa-red está constituida por un sistema de redes interconectados, pero a la vez autónomos en sus fines. En una red-horizontal, flexible, autónomamente regulada, con fines propios, pero vinculados a una gran empresa, difícilmente se puede establecer el núcleo de decisión de los comportamientos ilícitos.

2. La persona jurídica como construcción jurídica que dificulta establecer la responsabilidad individual

¹⁸ Cfr. Terradillos, “Delitos societarios y grupos de empresas”, en Baylos / Collado (eds.), *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, pág 74.

¹⁹ Cfr. Castells, 2001, págs. 201-254.

²⁰ 2001, págs. 216-217.

El progreso de las personas jurídicas sobre todo de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se concibió a partir de la diversificación entre riesgo y responsabilidad. Los miembros de las sociedades limitan su riesgo (llámese patrimonio y demás bienes jurídicos), con la determinación de la responsabilidad en la propia persona jurídica. Las personas jurídicas siempre necesitan de personas físicas para actuar²¹. Se produce así, naturalmente, un problema de escisión entre quienes actúan y quienes se responsabilizan del hecho²². Ello significa que siempre, en toda actuación de la persona jurídica, existe una disociación entre actuación y sujeto jurídico imputable. Con lo cual se observa claramente que se trata de una **imputación**²³: son unos los que actúan (los directivos, los órganos, los representantes) y otro el que responde, es decir, el que asume la responsabilidad de tal actuación, la persona jurídica.

Aquí se plantea un problema importante. La disociación entre las personas que actúan y el sujeto jurídico de imputación que caracteriza la persona jurídica, que se resuelve en el Derecho civil, mercantil y tributario con la **teoría de la representación** según la cual, las actuaciones que realiza su representante vinculan a la persona jurídica como sujeto de responsabilidad. Sin, embargo en el Derecho Penal, por el principio de la responsabilidad personal y el principio de dolo o culpa, el representante sólo responderá si él personalmente realiza el delito con conciencia y voluntad o con negligencia, como se analizará pronto.

El conjunto de características reseñadas de la actuación en organizaciones de tipo empresarial, denota comportamientos complejos en los que se produce una **fragmentariedad en las decisiones** y en la **ejecución de las actividades** delictuosas: los centros decisionales están fragmentados y el *iter* formativo de la voluntad parcializado. El concepto de delito abstraído a partir de consideraciones estáticas de la lesión de un bien jurídico por un sujeto, se aleja mucho de la nueva fenomenología dinámica de las conductas delictuosas que se producen en las actuaciones dentro de la

²¹ Esta es una evidencia que ha servido para que los detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pretendan fundamentar la necesidad de individualizar siempre la responsabilidad. Una cuestión es que las personas jurídicas necesiten siempre de personas físicas para actuar y otra, muy distinta, que recaiga sobre éstas toda la responsabilidad de la empresa. Además, se puede sostener que este hecho irrefutable de que las personas jurídicas actúen siempre mediante personas físicas, no ha sido óbice para que estos entes colectivos asuman su responsabilidad en el Derecho Administrativo, en el Derecho Mercantil o en el Derecho Civil.

²² Llama la atención sobre este hecho: Gracia Martín, “Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal” en AP, 1993, pág. 215. En la teoría general del Derecho se conoce este tipo de responsabilidad como responsabilidad indirecta o vicaria, cuando no coinciden el sujeto que realiza el acto ilícito y el sujeto de sanción. Cfr. Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, 4ª ed., Barcelona, 1991, pág. 187. En el Derecho Penal, en principio sólo se admite la responsabilidad directa (principio de culpabilidad –responsabilidad personal), pero este principio admite excepciones, como son el caso de la responsabilidad de los representantes de sociedades y la autoría mediata.

²³ En Derecho Penal, se está imponiendo esta categoría a partir de la normativización de la responsabilidad penal. Esto es, se ha llegado al consenso, en las tesis funcionalistas, que la determinación de quién responde con una sanción penal, es una construcción social-valorativa, un acuerdo intersubjetivo. Para Hardwig, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, ob.cit, pág. 173, la cuestión central en materia de responsabilidad penal es determinar que un delito es realizado por una(s) determinada(s) persona(s). Según Koriath, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker und Humboldt, Berlín, 1993, pág. 19, en el naturalismo, la imputación se fundamentó en la causalidad, en el finalismo se fundamentó en la estructura ontológica de la acción (final), y actualmente se fundamenta en la racionalidad del fin (*Zweckrationalität*), esto es, en la prevención del peligro o el riesgo de lesión para bienes jurídicos.

empresa²⁴. La complejidad de esta fragmentariedad de los procesos de toma de decisiones, formación de la voluntad y ejecución es mayor mientras más compleja sea la sociedad, pudiendo ir desde una empresa unipersonal a un consorcio de empresas o holdings, siendo creadas éstas precisamente para diversificar riesgos y responsabilidades. En estos supuestos, el proceso de ejecución del delito suele ser el resultado de la confluencia de una pluralidad de actos parciales y fragmentarios de varios sujetos físicos, muchos de ellos cubiertos bajo el abrigo de corporaciones, en donde convergen una pluralidad de comportamientos doloso y culposos, realizados por conductas activas u omisivas.

3. Principales consecuencias en el ámbito penal de la existencia de esta nueva criminalidad

3.1. Acentuación de los fines preventivos del Derecho Penal

Como ya se ha puesto de manifiesto, el diagnóstico sociológico de “sociedad de riesgo” de nuestras sociedades pone el acento en la exigencia de convivir con riesgos irrenunciables como la empresa, la máquina o el automóvil, pero también con la necesidad de contenerlos, de limitarlos a lo legítimamente soportable (el riesgo permitido). La regulación de contención de riesgos, que normalmente se desarrolla con el Derecho administrativo sancionador, va a jugar un papel clave en la determinación de lo permitido y prohibido²⁵, cuando se trata de bienes jurídicos colectivos o derechos sociales, propios de los delitos socioeconómicos. Se trata de la sinergia entre Derecho Penal y Derecho administrativo sancionador, donde varios tipos penales se configuran como “mero instrumento de cierre del sistema de control”, y donde deslindar en la realidad injustos penales e injustos administrativos parece difícil, dada su extraordinaria similitud o, cuanto menos, su comunicabilidad: leyes penales en blanco, tipos abiertos, normas de reenvío, accesoriedad administrativa, técnicas de adelantamiento de la intervención, delitos de peligro abstracto, delitos que sancionan la mera desobediencia, son todos aspectos de la nueva configuración de los modernos tipos penales.

Los efectos que tal caracterización de las modernas tipificaciones ha producido en el sistema dogmático penal, pueden concentrarse en la ya manida frase de “crisis del Derecho Penal”. En efecto, además de la vulneración de principios por parte de esta moderna legislación, debe anotarse que en la propia doctrina²⁶ también se han producido fisuras fundamentalmente por privilegiar en muchos casos la eficiencia, la estabilidad de la norma, la eficacia en la intervención²⁷, sacrificando las categorías y sus

²⁴ Cfr. Paliero, “L’autunno del Patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?”, en *RIDPP*, 1994, pág. 1245.

²⁵ Por ejemplo, la regulación de emisión permitida de contaminantes, respecto del delito contra el medio ambiente; la regulación del mercado bursátil respecto al delito de información privilegiada, etc.

²⁶ En Alemania es conocida la polémica entre la Escuela de Hassemer y sus seguidores (Escuela de Franckfurt) que postulan una vuelta al “Derecho Penal clásico” y los demás autores, como Shünemann, Tiedemann, Roxin, etc. quienes ven legítima la intervención penal en materia económica. En esta disputa ha sido fundamental la obra de Khulen, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, en *GA*, 1994. También puede señalarse la contribución de Shünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 15-42.

²⁷ Se arguye una “natural” transformación de la intervención penal a las peculiaridades de la moderna criminalidad, una cierta “adaptabilidad” de los principios a las exigencias actuales de control de

reglas de imputación. Además de la garantía de taxatividad, quedan en entredicho los principios de ofensividad y culpabilidad, principales piedras de toque de la teoría del delito, así como las garantías de subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención.

Este acento de los fines preventivos de la intervención penal y su consiguiente adelantamiento, tiene un significado para la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: dado que en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador nadie discute la responsabilidad de las mismas, existiendo tal sinergia e interconexión con el Derecho Penal, necesariamente debe hacerse el replanteamiento del tema, por coherencia jurídica, y porque hoy en día el legislador responde indistintamente con uno u otro tipo de sanción.

3.2.Preponderancia de bienes jurídicos colectivos

La introducción en los códigos penales de los últimos decenios de delitos que protegen bienes jurídicos de carácter supraindividual como expresión del modelo del Estado social de Derecho, es una realidad indiscutible. Estos bienes jurídicos colectivos, supra-individuales o difusos crecen en la valoración social de los ciudadanos dada la trascendencia social y económica que su vulneración supone. Intereses tan importantes para la convivencia social de nuestras sociedades como el medio ambiente, la Hacienda pública, la libre concurrencia, el mercado bursátil, los derechos de los trabajadores, la salud pública, la seguridad en el tránsito, para nombrar los más connotados, son tutelados actualmente por medio del Derecho Penal, el Derecho administrativo sancionador y por leyes especiales de carácter sancionatorio. Y, como otro factor desencadenante del aumento de intereses de carácter colectivo en la valoración de la ciudadanía y del legislador, es el reconocer la ingente cantidad de riesgos que asumimos por la convivencia con la técnica y que es menester controlar.

Es verdad que la consideración de los bienes jurídicos colectivos ha producido una expansión del Derecho Penal, pero esto no puede significar ni que sea ilegítima la intervención penal para tutelarlos, ni que la teoría del bien jurídico sea incapaz de constituir un límite al *ius puniendi*. Ambos extremos deben desecharse. Hoy pocos dudan en la necesidad de tutelar por medio del Derecho Penal bienes jurídicos de carácter colectivo²⁸, que se consideran fundamentales para el desarrollo social, como el medio ambiente, los derechos de los trabajadores, la libre concurrencia en el mercado, la salud pública y otros, dado que el modelo social del Estado en que vivimos, el aumento de riesgos para dichos bienes propio de las sociedades post-industriales, obligan al Estado a utilizar el recurso penal como gendarme mayor que garantice un umbral de legalidad mínimo en el despliegue de estos derecho fundamentales de tercera

conductas. Cfr. Shünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, ob. cit., pág. 31: “el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas”.

²⁸ No vamos a entrar en la discusión sobre la legitimidad de la tutela de bienes jurídicos, que compromete a todo el Derecho Penal económico. Es ciertamente minoritaria la tesis que considera que estos bienes no deben ser tutelados por el ordenamiento penal. De hecho, el propio legislador del 95 ha optado por la criminalización de los delitos socioeconómicos con claro afán de proteger bienes jurídicos colectivos. Aunque existe un sector minoritario de la doctrina alemana reacia a utilizar el recurso penal para estos bienes (Hassemer, Herzog), quienes reivindican la necesidad de una teoría monista-individualista del bien jurídico. Cfr. la situación espiritual en Alemania y las críticas a esta teoría en Shünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal*, ob. cit., págs.15 y ss.

generación. Como sostiene ARROYO ZAPATERO²⁹: “Hoy la dañosidad social material de los delitos económicos se corresponde con la valoración moral negativa de los mismos por la Comunidad”.

Por otro lado, estos bienes jurídicos colectivos que aquí nos ocupan son lesionados o puestos en peligro mayoritariamente en la realidad por empresas, sociedades, o entes colectivos en general. Incluso, como se ha dicho, algunos delitos que protegen bienes jurídicos colectivos sólo pueden ser lesionados por empresas o corporaciones³⁰, por ejemplo los delitos contra la libre competencia. Este hecho nos tiene que hacer reflexionar sobre los sujetos a los que se dirige la norma penal (*Normadressaten*) y, por tanto, en quienes se intenta motivar para que se cumpla la función preventiva de la misma. No hay que olvidar que la norma penal es un proceso comunicativo en el que los sujetos a los que se dirige juegan un rol fundamental.

3.3. Superación del problema causal

Como sostiene SHÜNEMMAN, lo característico de la sociedad postindustrial actual consiste en el extraordinario incremento de las interconexiones causales³¹. Y ello se debe en gran medida a la producción industrial que es compleja, sectorializada, especializada, pluridimensional. Si a esto se une que las relaciones sociales se desarrollan mayoritariamente en contextos colectivos, donde se produce un distanciamiento de las relaciones personales y por tanto, entre agresor y víctima del delito, puede verificarse que los cursos causales sean múltiples, “cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia”³².

Efectivamente, la producción masiva de alimentos por parte de empresas alejadas de los consumidores, la distribución de los mismos mayoritariamente a través de grandes cadenas de almacenes, son una muestra de la ingente cantidad de cursos causales que pueden desarrollarse a los efectos de producir lesiones a la vida o a la salud de los consumidores. En el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, donde también suelen intervenir sociedades o incluso empresas transnacionales, la prueba de la causación del daño también adquiere serias dificultades³³.

²⁹ en Arroyo /Tiedemann, *Estudios de Derecho penal económico*, Univ. de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, pág. 16.

³⁰ Cuando los arts. 372 y 303 CP dicen que los hechos pueden ser realizados por empresario, es evidente que el empresario asume la forma de persona jurídica, de sociedad, de empresa. Entonces en todos estos casos, el empresario (léase empresa, persona jurídica) es el sujeto activo de los delitos. Cfr. para el caso del art. 372 Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, págs. 91 y ss. Cfr. para los delitos contra los trabajadores, Baylos / Terradillos, *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 2da. ed., 1997, pág. 57 donde dice. “En el Derecho penal del trabajo el primer destinatario de la norma suele serlo el empresario, en cuanto que el ejercicio de su actividad lo coloca en la situación de **garante directo, incluso exclusivo en ocasiones**, de la salvaguarda de los bienes e intereses de los sujetos que forman parte de la estructura empresarial” (el subrayado es mío).

³¹ Vid. Shünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal*, ob. cit., pág. 30.

³² Shünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal*, ob. cit., pág. 31.

³³ Cfr. Kerner, “Experiencias criminológicas con las recientes reformas para la lucha contra la criminalidad económica en la República Federal Alemana”, en Barbero Santos (ED.), *La Reforma Penal:*

La importancia de las teorías causales o de imputación objetiva, según su caso, adquieren relevancia pues son las encargadas de dilucidar si el riesgo para el bien jurídico se ha materializado en el resultado lesivo. No obstante, esta problemática que resultó central en los dos casos más sonados de responsabilidad por el producto defectuoso, como son el caso “Lederspray” y el caso “Colza”, mostró que a pesar de los desarrollos doctrinales de la teoría de la imputación objetiva, subsisten serias limitaciones para demostrar si el riesgo desarrollado dentro del ámbito de una empresa se ha hecho efectivo en los daños a los consumidores³⁴.

Los problemas para determinar si el riesgo producido dentro de una empresa, para bienes jurídicos como la salud pública o el medio ambiente, son los que efectivamente han causado las lesiones a los mismos, son hoy por hoy irresolubles bajo criterios ciertos de la teoría de la imputación objetiva o de la causalidad. El tema se complica aún más cuando intervienen una pluralidad de empresas, en las que hay una pluralidad de órganos o representantes.

3.4. Dificultades para determinar a las víctimas y los resultados lesivos

Este alejamiento entre sujeto agresor y víctima propio de los ilícitos que se cometen en organizaciones complejas y la concurrencia de una serie de procesos causales difícilmente determinables entre que se produce el riesgo y se desencadena el resultado, explican las dificultades para determinar a las propias víctimas y los resultados lesivos.

Las víctimas de muchos delitos socioeconómicos son indeterminadas, llegando a hablarse incluso de delitos sin víctimas. En muchos casos además los daños producidos a las mismas son heterogéneos, dependen de variantes vicisitudes, y se presentan en diferente tiempo y lugar³⁵. El hecho que la mayoría de estos delitos vulneren bienes jurídicos colectivos también redundan en esta indeterminación, pues la tangibilidad de los mismos no es material, sino formal, jurídica. Más aún, para algunos autores, como Hassemer, los bienes jurídicos colectivos son indeterminados, difusos, intangibles, es decir sin existencia propia, sino sólo funcionalizados en relación a la persona individual, por lo cual su lesividad también estaría funcionalizada de acuerdo a las personas.

En suma, la realidad criminológica moderna, organizada, transnacional, corporativa, socio-económica, nos muestra que la mayoría de delitos son cometidos por entes colectivos complejos, jeraquizados, en los que predomina la división del trabajo, siendo en algunos casos sólo cometidos por corporaciones. La protección efectiva de los bienes jurídicos colectivos de nuevo cuño, como el medio ambiente, la salud pública, los delitos contra los trabajadores, etc., cuya vulneración tiene gran trascendencia social

los delitos socioeconómicos, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985, pág. 158, quien sostiene que dicha prueba sólo se ha conseguido en rarísimas ocasiones.

³⁴ En términos similares Hassemer / Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 51: “Ni siquiera las modernas teorías de la imputación objetiva, desarrolladas para solucionar los problemas de imputación que depara el tráfico automovilístico y la responsabilidad por imprudencia en general, han conseguido dar una fundamentación satisfactoria a la imputación de resultados, cuya producción no puede reconducirse inequívocamente a un determinado producto o a uno de sus componentes”.

³⁵ Es lo que sucedió en el caso de la Colza, lo cual incrementa el problema causal.

y económica en los últimos tiempos, plantea nuevos retos a la dogmática penal fundamentada en la responsabilidad individual.

III. Los modelos de responsabilidad individual: la *deconstrucción*

Las características anteriormente reseñadas de los delitos que se cometen en organizaciones complejas, en las que se produce una fragmentariedad en las decisiones y en la ejecución de las actividades delictuosas, esto es el tema de lo que Lampe denomina *la responsabilidad penal en sistemas complejos*³⁶, chocan con la realidad de un sistema de imputación fundamentado en la responsabilidad de un sujeto individual, en el que la construcción teórica se ha inducido de un comportamiento estático centrado en el reproche a un individuo por no haber actuado de otro modo.

Desde los inicios de la construcción de la teoría del delito, el ilícito penal se fundamentó en una concepción individualista de sus fundamentos, injusto y culpabilidad. Así, el sistema dogmático que se fue diseñando ha tenido como base la responsabilidad personal. Para el causalismo naturalista, basado en concepciones mecanicistas, el eje de la responsabilidad penal era la vinculación natural del resultado a su autor. Incluso para los neoclásicos, lo esencial de la acción radica en la causación de un resultado procedente de la voluntad³⁷. Esta concepción personal del delito llega a su más alta expresión, con la construcción de la acción final de Welzel en que se diseña un **injusto personal** como base de la teoría del delito³⁸. Los ejes, hasta hace muy poco, han sido el comportamiento humano voluntario (evitable) y la culpabilidad como un reproche personal por no haber actuado de otro modo. A partir de esta concepción se construye todo el sistema dogmático centrado en un comportamiento personal de una persona física, la imputación subjetiva, la autoría y participación, la culpabilidad, etc., mostrándose también desde el punto de vista de la teoría del delito la imposibilidad de sancionar a las empresas con penas.

De esta manera, el modelo tradicional de respuesta frente al delito ha sido el de individualizar la responsabilidad penal. De ahí que la mayoría de países del sistema eurocontinental de tradición germánica hayan sido fieles al *principio societas delinquere non potest*. La legislación y la jurisprudencia, han tenido que desarrollar dos modelos de individualización de responsabilidades, cuando los hechos son cometidos por personas jurídicas:

a) El modelo de la responsabilidad de los órganos y representantes.

³⁶ Vid. más ampliamente Lampe, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en ZSrw, 106, 1994, págs. 706 y ss.

³⁷ Cfr. Jaen Vallejo, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994, págs. 31-33.

³⁸ Cfr. Roxin, *Derecho Penal . Parte General*, La estructura de la teoría del delito, trad. y notas de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. De Vidente Remesal de la 2ª ed. Alemana, Civitas, Madrid, 1997, págs. 319 y ss. : “... la acción sólo es antijurídica en cuanto obra de un **determinado** autor...La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un determinado autor” (pág. 320, el subrayado es mío). Cuando el problema es establecer ese “determinado autor” en sistemas complejos, el sistema penal no tiene otra respuesta que derivar el problema a otras ramas del ordenamiento jurídico. También Silva Sánchez, “Introducción” en Shünemann, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 15, señala como uno de los puntos de consenso a los que llegado la doctrina dominante, el injusto personal integrado por el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

b) El modelo de la responsabilidad del titular de la empresa.

En el primero la responsabilidad se centra **en la base** de la pirámide societaria, en el segundo se centra **en el vértice** de la misma. Finalmente es una decisión políticocriminal de establecer dónde se considera que se infringen los mandatos de la norma penal, es un asunto de determinación de “la posición” del deber jurídico. Llámese la atención también, que en ambos casos se trata de “responsabilidades profesionales”, es decir, adquiridas por asumir un cierto rol en la empresa, no por lo que en concreto se ha realizado³⁹, cuestión que debe ser tenida en cuenta en la culpabilidad. La resolución del asunto, sin duda, adquiere dificultad. En palabras de HASSEMER y MUÑOZ CONDE: “¿cómo orientarse en la boscosa selva de los distintos niveles de decisión de una empresa en forma de sociedad mercantil, desde los más bajos peldaños de actuación hasta los más altos cargos directivos para decidir a quién o a quiénes y en qué grado corresponde atribuirle la responsabilidad penal por los daños producidos?”⁴⁰. Decidir al respecto, **dónde recae el deber de garante de los bienes jurídicos en juego**, es una cuestión trascendente en los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, que debe ser valorada en todas sus implicancias.

1. El modelo de la responsabilidad de los órganos y representantes

También denominado **responsabilidad hacia abajo**⁴¹ porque concentra la responsabilidad en los representantes (normalmente legales, pero también de hecho), que suelen ser los escalones más bajos de la cadena funcional, quienes ejecutan las órdenes de un plan previamente concebido arriba. El principal escollo de este modelo de imputación es que no ataca la posible “actitud criminal de grupo”, pudiendo ser los representantes fácilmente intercambiables, pues son sujetos fungibles⁴² dentro de la cadena funcional –meros ejecutantes, sino instrumentos de un plan ya concebido–, con lo cual no se consigue los efectos preventivo generales de la norma⁴³.

El art. 31 del CP español y su antecedente el art. 14 del CP alemán, contienen una disposición de extensión de la responsabilidad al representante cuando éste no posee los elementos especiales requeridos por el tipo penal en los delitos especiales, elementos que si deben concurrir en la persona jurídica. Esta disposición permite superar mediante un criterio normativo, la escisión de los elementos del tipo legal en la realidad: el representante realiza el tipo, pero no tiene la capacidad para ser autor porque

³⁹ Cfr. Alessandri, “Parte General”, en Pedrazzi / Alessandri / Foffani / Seminara / Spagnolo, *Manuale de Diritto Penale dell'impresa*, Monduzzi, Bologna, 1998, pág. 43.

⁴⁰ Hassemer / Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, ob. cit., págs. 52 y 53.

⁴¹ Achenbach, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán”, en Silva Sánchez (ED.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 382.

⁴² Nótese que la empresa es una organización funcional, donde las personas juegan un rol funcional, lo importante son las **funciones** no las personas; éstas pueden sucederse en el tiempo, siendo natural el recambio de personas físicas por meras cuestiones fisiológicas y se mantiene la continuidad de la organización. Cfr. Alessandri, “Parte General”, ob. cit., pág. 29.

⁴³ Cfr. Shünemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, ob. cit., pág. 533.

en estas normas el autor debe reunir ciertas características especiales, mientras que la persona jurídica es la que reúne dichas características, pero no puede realizar por sí misma el hecho típico. Sin esta disposición no podría penalizarse a estos representantes, pues estarían claramente fuera de la previsión legal. Así se introduce disposiciones específicas de extensión de la autoría formal de los delitos especiales a quienes actúan en lugar del sujeto cualificado⁴⁴.

En primer lugar, tiene que individualizarse la responsabilidad de los directivos, representantes u órganos de la empresa y probar que realizan el tipo objetivo y subjetivo del delito. De lo contrario, estaríamos ante una presunción *iuris et de iuri* de culpabilidad o una regla de adscripción de responsabilidad, imposible de sostener con base en el principio de culpabilidad. Debe decirse que aunque en la teoría la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo es un requisito de aplicación, en la *praxis* esto no sucede siempre así. Muchas veces se instruye al representante de la empresa por el hecho delictuoso que se atribuye a la persona jurídica, con lo cual prácticamente al representante se le adscribe la responsabilidad por el delito cometido dentro de la empresa sin comprobar si quiera si él conoce de la comisión del ilícito⁴⁵.

El modelo de la responsabilidad de los órganos o representantes, acaba seleccionando a uno o varias personas físicas, órganos o representantes de la empresa como “chivo expiatorios”, con el fin de no dejar el hecho impune y tranquilizar a las víctimas así como a la ciudadanía que reclama justicia⁴⁶. Se trata de asegurar la responsabilidad civil⁴⁷ para las víctimas y de reafirmar la prevención general positiva del delito. Esto, de alguna manera, es lo que ha sucedido con el capitán del *Prestige*, cuya detención y proceso penal apenas consumarse la catástrofe, siendo el único que hasta este momento ha respondido por ese complejo suceso, no es más que una puesta en escena, una función simbólica del Derecho penal.

El cuestionamiento más importante que se le hace a este modelo es que descarga la responsabilidad penal en sujetos con un limitado poder de decisión, quienes son en definitiva sustituibles, por lo que la “actitud criminal del grupo” o las conductas riesgosas para bienes jurídicos pueden mantenerse buscando otro representante.

2. El modelo de responsabilidad del titular de la empresa.

⁴⁴ Gracia Martín, “Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, ob. cit., págs. 216-217.

⁴⁵ La jurisprudencia hasta hace muy poco consideró que los hechos punibles que se realizaban en el seno de una persona jurídica, eran autores del mismo, sea cual sea la clase de delito que se comete (especial o no), las personas físicas que ejercen cargos de responsabilidad en la empresa. Vid. GRACIA MARTÍN, “Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, ob. cit., pág. 217 y la jurisprudencia que allí se cita.

⁴⁶ Cfr. Rodríguez Ramos, “¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, en *La Ley*, 1996, pág. 131.

⁴⁷ El CP contempla que las personas jurídicas pueden responder civilmente: art. 117 (de las empresas aseguradoras), art. 120.2 a 5 (disposición general), art. 212 (solidaria en delitos contra el honor), todas del CP.

Algunas legislaciones contemplan expresamente una disposición de infracción del deber de garante de los titulares de la empresa por los delitos y/o faltas que realicen sus subordinados. Así lo hace el art. 130 de la OWiG (Ley de Contravenciones) alemana y el art. 130 de la Ley de infracciones y sanciones administrativas española, Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ambas se encuentran en el ordenamiento administrativo sancionador y pueden considerarse sanciones punitivas, en sentido amplio⁴⁸.

El CP de 1995 no contempla ninguna norma similar en la Parte General, pero sí existe la previsión general de la comisión por omisión del art. 11 que puede ser aplicada a todos los delitos cometidos en el seno de empresas, siempre que se cumplan con los requisitos allí establecidos⁴⁹. La interpretación más acertada de esta fórmula, apuesta por una complementación entre fuentes formales y fuentes materiales de la posición de garante, por lo que las exigencias de concurrencia de un deber jurídico y la equivalencia de la conducta omisiva con la conducta activa según el texto de la ley, debe entenderse que, en estos casos se integra la situación típica del deber de actuar con la posición de garante que se presenta cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro⁵⁰. La cuestión fundamental seguirá siendo cuándo hay una verdadera equivalencia material, cuestión que sólo puede establecerse considerando la **posición de garante**, esto es la especial relación del sujeto con los bienes jurídicos⁵¹.

Es interesante analizar este modelo porque pese a no existir una disposición específica de responsabilidad por omisión del titular de la empresa por los delitos cometidos por sus subordinados (en el CP, pero sí en la Ley de Infracciones Administrativas, art. 130), la doctrina viene proponiendo la fundamentación de la responsabilidad de los directivos de las personas jurídicas a través de su posición de

⁴⁸ Cada vez es más clara la tendencia a considerar las sanciones administrativas como de carácter punitivo y, por tanto, sujetas a los principios del Derecho Penal. Esta conceptualización de unificación del sistema sancionador ha sido acogida también por la jurisprudencia española en STC 18/1987, donde claramente se afirma “el *ius puniendi* del Estado se puede manifestar tanto en el ordenamiento penal como en el ordenamiento administrativo”. Los alcances de esta aseveración para la responsabilidad penal de las personas jurídicas todavía está siendo evaluada por la doctrina, pues al existir ya la responsabilidad administrativa de las mismas, pretender aplicarles los principios de imputación subjetivos del Derecho Penal, da lugar necesariamente al replanteamiento del tema o, de lo contrario, se tendrá que asumir una responsabilidad objetiva en estos casos.

⁴⁹ Los criterios de la comisión por omisión se suelen aplicar también para individualizar responsabilidades en el seno de órganos colegiados. Vid. Pérez Cepeda, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997, págs. 65 y ss. Para los delitos contra la salud pública Vid. Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art.363 del CP*, ob. cit., págs. 83 y ss.

⁵⁰ Cfr. en este sentido Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 306 y Morales Prats, “art. 11 del CP”, en *Comentarios al CP*, ob. cit., pág. 90.

⁵¹ Como dice Serrano Piedecabras, “Crítica formal del concepto de omisión”, en *ADPCP*, 1993, pág. 1001, la omisión jurídico-penalmente relevante consiste en un juicio de desvalor normativo sustentado en deberes extra-penales. Debe notarse también, que el sistema de control de la actividad económica, en donde el Derecho Penal viene a ser “el brazo armado”, es un sistema basado en una red de obligaciones, poderes, funciones, donde la consideración de la forma omisiva para imputar responsabilidades concuerda rápidamente.

garante⁵². La jurisprudencia también ha sancionado a los directivos de empresas cuando se produjeron lesiones a bienes jurídicos por la comercialización de productos defectuosos en los casos Colza y Leder Spray. Los Tribunales sancionaron a los directivos por un delito en comisión por omisión, infringiendo el deber de vigilancia respecto de las actividades de sus subordinados⁵³.

Su fundamento consiste en que cuando varias personas trabajan coordinadas para conseguir un único objetivo, cada uno de los sujetos es no sólo responsable de ejercer con corrección su actividad, sino también de controlar que dicha corrección se dé también en los restantes miembros de la cadena funcional. Todas las personas relacionadas con la fabricación o venta de un producto adquieren por ese hecho una posición de garante que les obliga a evitar el riesgo de que el producto pueda provocar daños a los consumidores. El Director o el responsable máximo del programa funcional, lo será también de todo el programa de actuación. Como puede observarse, en estos casos, contrariamente al modelo de imputación del representante, la responsabilidad se traslada al vértice de la estructura asociacional. Es por eso que también se le denomina **responsabilidad hacia arriba**.

Por su parte, el deber de vigilancia se funda en la función y el derecho de mando de los directivos de las empresas: relación de trabajo fáctica y limitada en el espacio por el empresario en las relaciones de autoridad, las cuales encuentran su apoyo en el contrato de trabajo, el derecho de dirección jurídico-laboral y la confianza de la Comunidad en el desempeño de sus funciones⁵⁴.

El fin político-criminal de la responsabilidad del titular de la empresa (o de sus directivos) es muy interesante: instar a los gerentes, directores y demás responsables de la empresa para que desplieguen todas las labores exigibles de cuidado con el objeto de evitar que se produzcan delitos o contravenciones por sus propios subordinados.

Sin embargo, el gran cuestionamiento que se le hace a este modelo es que no existe acuerdo en determinar quiénes y con qué límites tienen **posición de garante** de las actividades de terceros en la empresa. Este es un tema central, porque está claro que responder por las actividades de terceros debe fundamentarse en una clara infracción de un deber nítidamente determinado y que su incumplimiento, como decíamos, sea generador de riesgos para bienes jurídicos.

La incorporación de una regla específica en el CP de infracción del deber de vigilancia como la que tienen en Alemania, no soluciona, ni mucho menos, los problemas de imputación de los delitos que se cometen en el seno de una empresa

⁵² Cfr. Silva Sánchez, “La responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español” en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 378. Luscarain, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Libro Homenaje a Tiedemann*, Edersa, Madrid, 1995, pág. 210 y ss.; Pérez Cepeda, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución*, ob. cit., págs. 65 y ss; Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art.363 del CP*, ob. cit., págs. 83 y ss.

⁵³ Cfr. Hassemer / Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, ob.cit., págs. 98 y ss..

⁵⁴ Cfr. Bottke, “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, ob. cit., pág. 133.

porque: 1) Se asienta sobre bases dogmáticas poco consensuadas, cuales son los criterios de imputación de la omisión impropia. 2) Se corre el riesgo de “flexibilizar” los conceptos de la omisión para resolver supuestos complejos en los que el peso está en la salvaguarda del deber jurídico, convirtiendo la norma penal en un mero “delito de infracción del deber” (*Pflichtdelikte*) extra-penal. 3) No existe consenso en la doctrina penal en dónde recae la posición de garante, en el titular, en los directivos, en los administradores, en los asesores, etc., por lo que imputar responsabilidad en este campo puede conculcar el principio de culpabilidad que tanto se pretende salvaguardar. 4) Siguen quedando lagunas de punibilidad importantes⁵⁵.

En suma, el modelo de la responsabilidad individual, al pretender individualizar la responsabilidad, ya sea en los eslabones más bajos de la cadena funcional (responsabilidad de los órganos o representantes) o en los directivos (responsabilidad del titular de la empresa) deja intacta los comportamientos organizacionales que suponen una política general del grupo y plantea serias lagunas de punibilidad al requerir siempre un sujeto que actúe con conciencia y voluntad o con infracción del deber de cuidado.

IV. La responsabilidad penal de la propia persona jurídica. Principales problemas

Los países del Common Law y varios países próximos a nuestro sistema jurídico⁵⁶, adoptan la punibilidad de las propias personas jurídicas. Asimismo, la UE desde sus tratados fundacionales se irroga la potestad de sancionar a empresas en materia de libre competencia, sanciones que se han reconocido tienen carácter punitivo⁵⁷. Además, el Corpus Iuris⁵⁸ incorpora una disposición en la que se reconoce la responsabilidad penal de las asociaciones de personas, estableciendo un criterio funcional para la persona que compromete con su actuación a la empresa o asociación. Asimismo, las legislaciones penales especiales y el Derecho administrativo sancionador

⁵⁵ Obsérvese que el art. 130 OwiG ha sido duramente criticado por la doctrina alemana. Vid. Frisch, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, ob. cit., pág. 122-127; Rogall, “Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (& 130 OwiG)” en *ZStW*, 1986, especialmente págs. 585 y ss. En la práctica esta norma funciona como “tipo de recogida” de los delitos cometidos en la actuación dentro de una empresa, cuando los instrumentos penales teóricos (imputación dolosa, culposa y autoría y participación) han fracasado. Dadas las dificultades para establecer el hecho de conexión y las personas cuya actuación vincula a la empresa, se ha propuesto que funcione en conexión con la multa asociacional del art. 30 OwiG, Cfr. Tiedemann, “Die Bebusung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, ob. cit., pág. 1173. Establecer como hecho de conexión una contravención que necesita otro hecho de conexión, cual es el parágrafo 30 OwiG, puede ser un adelantamiento de la intervención intolerable, por lo menos en el ámbito penal.

⁵⁶ Destaca el CP francés de 1994.

⁵⁷ Aunque se discute sobre su naturaleza jurídica, las sanciones comunitarias al tener carácter aflictivo (verdadera afección o limitación patrimonial o restrictiva de derechos patrimoniales) y preventivo (tiene un fin preventivo, buscar que no se vuelva a cometer la infracción), puede clasificarse como punitivas *lato sensu*. Vid. más ampliamente Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ob. cit., págs. 147- 150. Hay que reconocer que la jurisprudencia generada por la aplicación de estas sanciones está sirviendo de modelo para la construcción de un sistema de imputación a la propia persona jurídica.

⁵⁸ Vid. Delmas-Marty / Vervaele (Eds.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Vol. I, II, III y IV, Intersentia, 2002, 2001.

sancionan directamente a empresas en muchos países⁵⁹, sin haber planteado ningún inconveniente dogmático. O, de lo contrario, como sucede con el CP español y otros que han seguido su impronta (como el peruano), establecen consecuencias accesorias para las personas jurídicas cuando se cometan delitos en su seno.

Vamos a analizar los dos campos en los que se ha reconocido sin ambages la aplicación de sanciones a las personas jurídicas:

1. La responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema sancionador administrativo

Como ya se ha tenido ocasión de expresar, en el campo del Derecho Económico existe una sinergia entre el recurso penal y el recurso administrativo. De hecho, el traspase de una rama del ordenamiento jurídico a otra es usual y no plantea problemas. La dificultad de este traspase se centra precisamente en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que existe la contradicción en nuestro ordenamiento jurídico de empresas que pueden ser sancionadas administrativamente por infracciones menores y, cuando son más graves, no cabe responsabilidad penal para las mismas⁶⁰. Es en este punto, donde cabe reflexionar sobre el escollo más importante para asimilar las responsabilidades, que no es otro que el principio de culpabilidad para las personas jurídicas.

A propósito el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la STC 246/1991, en su fundamento jurídico 2 : “Al respecto debemos recordar ahora que si bien es cierto que este TC ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990)”. Prosigue la STC 256/1991: “... Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). ... Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas y se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se

⁵⁹ Esto sucede en Italia y Portugal especialmente, donde la legislación especial en materia de ilícitos económicos es copiosa y en ella se sanciona a empresas. Lo mismo ocurre en países de América Latina.

⁶⁰ Es el caso de delitos tributarios que tienen una cuantía mínima.

infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz”⁶¹. Esta sentencia, sin duda, sienta las bases de una responsabilidad directa de las personas jurídicas, delineando criterios subjetivos de imputación a partir del bien jurídico protegido y de la capacidad infractora de los sujetos a que se dirige la norma⁶².

El tema de fondo es que en el Ordenamiento Administrativo sancionador nos vemos ante la disyuntiva de sancionar a las personas jurídicas por la mera infracción (responsabilidad objetiva), o tendremos que delinear elementos de imputación subjetiva (dolo o culpa, y culpabilidad) para sancionarla, es decir, trasladar las construcciones de esta categoría del Derecho Penal. Como no es posible la primera alternativa, esto es, sancionar soslayando la garantía de que, por lo menos la persona jurídica habrá realizado la infracción imprudentemente, porque con ello se le estaría conculcando derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial efectiva⁶³, necesariamente tendrá que darse la segunda alternativa, esto es, pensar en criterios de imputación subjetivos para los entes colectivos, que en estos momentos representan los agentes económicos y sociales fundamentales de la Sociedad.

2.Las consecuencias accesorias

En realidad, la incorporación en el CP de 1995 de “consecuencias accesorias” aplicables a las personas jurídicas, supone que el legislador ha soslayado una discusión de fondo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo una serie de medidas aplicables a las mismas, sin regular bajo qué criterios se imponen ni cómo. Esto es, acogiendo una demanda de necesidad de responder ante la creciente criminalidad que se efectúa bajo el manto de las personas jurídicas, el legislador dispuso una serie de consecuencias, dejando de lado las reglas de aplicación, problema al cual ahora nos enfrentamos crudamente. Para no comprometerse dogmáticamente, utilizó el término de “consecuencias accesorias”, creyendo con ello obviar la discusión de fondo.

Hay que reconocer que la introducción en la Parte General de unas medidas para las personas jurídicas, junto con el decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente (arts. 104 y 105 CP) responde a una tendencia actual dentro de la política criminal moderna que, incidiendo en los fines preventivos de la pena, pone énfasis en el tipo de sanciones a aplicar, sin reflexionar detenidamente sobre el supuesto de hecho desencadenante de dicha consecuencia jurídica⁶⁴. Bajo esta tendencia, el desarrollo de

⁶¹ Fundamento jurídico Nº 2. Vid. comentarios de Nieto Martín, *Fraudes comunitarios (Derecho Penal Europeo)*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 205-209. También Lozano, “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991)”, en *RAP*, Nº 129, 1992, especialmente págs. 115 y ss.

⁶² Los alcances concretos de estos postulados se verán más adelante.

⁶³ La titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas es un tema también hoy discutido en el Derecho Constitucional. La CE no ha contemplado ninguna disposición al respecto, pero el TC ha reconocido, en relación a ciertos derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial efectiva, la titularidad de las persona jurídica. Cfr. Figueruelo, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 62: “...la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de éstos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones. De este modo se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica de derecho privado (art. 18.2 CE) –Cfr. sentencia del TC 137/1985, de 17 de octubre”.

⁶⁴ Tal cambio de perspectiva se debe a las demandas actuales políticocriminales de satisfacer y reparar los intereses de la víctima, mientras que hasta ahora la pena se había centrado en sus efectos preventivo-generales para el autor y la Sociedad. Cfr. Dölling, “Die Weitwerentwicklung der Sanktionen ohne

sanciones no personales, de tipo patrimonial ha sido espectacular, especialmente después de lo atentados del 11 de septiembre de 2001⁶⁵. Ello va en congruencia, también, con el auge de la criminalidad de grupo, especialmente la criminalidad organizada y de tipo empresarial, vinculadas al lucro ilícito, a las que se intenta hacer frente con medidas de embargo de su patrimonio⁶⁶, con el objeto de estrangularlas económicamente y así impedir u obstaculizar el ciclo económico de las actividades ilícitas.

Creo que no es conveniente centrarse en la discusión sobre la naturaleza jurídica de las mismas, sino más bien establecer *los presupuestos para su aplicación*. En realidad, dado que se trata de medidas aplicables a las propias personas jurídicas por un juez penal, dentro de un proceso penal, por la comisión de delitos (hechos punibles), y tenemos un sistema penal basado en la responsabilidad personal, nos enfrentamos ante una serie de problemas que es importante dilucidar para lograr una cierta seguridad jurídica, necesaria si se quiere alcanzaz los efectos preventivos invocados por la norma.

Considero importante, al menos, llegar al consenso sobre los siguientes temas:

- 1.- ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar?
- 2.- ¿Cuál es el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de una consecuencia jurídica: la responsabilidad individual de una persona o de la propia persona jurídica?
- 3.- ¿Qué principios rigen el proceso de imposición de las consecuencias accesorias?
- 4.- ¿Cómo se ejecutan estas consecuencias accesorias?

Para esclarecer dichas cuestiones debe abordarse los alcances de los fines que el legislador pretende lograr con dichas medidas, esto es, qué objetivos pretende cumplir dentro del sistema de penas del ordenamiento penal. Un Derecho Penal orientado por el fin (*Zweckrationalität*), sólo puede encontrar respuesta a las cuestiones fundamentales de sus instrumentos penales indagando qué objetivos políticocriminales persigue con ellos. En suma, el *fundamento* de las consecuencias accesorias se halla en sus fines, en lo que con ellas se pretende alcanzar.

Freiheitsetzung”, en ZStw, 1994, pág. 265. En otros ámbitos delictivos también se observa esta tendencia, que demuestra el desencanto de los fines resocializadores y el aumento de la sensibilidad de la opinión pública por el riesgo y la seguridad. Cfr. Silva Sánchez, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, AA. VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Vol. 1, Univ. Castilla La Mancha / Univ. de Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 701. Más adelante este autor señala (pág. 707): “El debate acerca de las consecuencias jurídicas específicas de la sociedad de la inseguridad no ha hecho, probablemente, más que empezar”.

⁶⁵ Destacan en este ámbito las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo internacional, por la Comisión europea (Documento 501PC0596), la cual ha propuesto una serie de medidas para enfrentarlo, atajando la financiación de las organizaciones terroristas, sin que existan criterios claros de atribución de responsabilidad. que previamente sirvan para determinar cuándo estamos ante una organización terrorista, con clara merma de la seguridad jurídica y del derecho de asociaciones.

⁶⁶ Cfr. Vervaele, “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?”, *Revista Penal*, n. 2, 1998, pág. 67, quien pone de manifiesto la tendencia de las normas internacionales y especialmente europeas, orientadas a perseguir el patrimonio criminal, mediante el embargo y la confiscación, con clara influencia del modelo norteamericano, configurándose ésta última como sanción independiente.

Esta mención de ley ha dado pie a entender como fundamento de las mismas, el fin de prevención especial perseguido con estas medidas. En efecto, hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia de entender que las medidas de intervención deben estar encaminadas a evitar la continuidad de la actividad delictiva y de sus efectos, por tanto, este fin debe ser expresado en la motivación de la sentencia, vinculando la medida al fin perseguido⁶⁷. Sin embargo, cuando pretendemos desentrañar qué actividad delictiva se pretende prevenir, la de la persona jurídica o la de sus miembros, los acuerdos ya son mucho menores. Creo que este es un tema fundamental para establecer si el supuesto de hecho se refiere a la responsabilidad de la propia persona jurídica o de las personas que actúan bajo su amparo.

En la medida que la norma de determinación está vinculada no a la voluntariedad del comportamiento humano, sino a los destinatarios de la norma (*Normadressaten*), lo importante es a quién se pretende motivar con la misma. Es decir, a qué sujetos motivables se dirige la norma⁶⁸. De hecho, la mayoría de delitos socioeconómicos se dirige a la contención de riesgos en el ámbito de empresas, como los delitos laborales, financieros, societarios, contra la libre competencia, etc. Incluso puede sostenerse que las empresas y otras asociaciones, por moverse en el mundo jurídico y económico, son sujetos enormemente motivables pues sus comportamientos se rigen por la reputación, la fama, en suma la fiabilidad de sus consumidores⁶⁹.

En todo caso, considero que debe distinguirse dos supuestos muy distintos⁷⁰ desde el punto de vista teórico, aunque en la práctica muchas veces las fronteras se diluyen:

1.- La persona jurídica es un mero instrumento en manos de unos sujetos individuales que poseen fines criminales.

2.- La persona jurídica posee fines lícitos, pero por un defecto de organización pone en peligro o lesiona bienes jurídicos importantes.

⁶⁷ Cfr. por todos Prats Canut, en Quintero Olivares (dir), *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 627-628.

⁶⁸ En sentido similar Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 368; Zugaldía, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)*, Quintero Olivares / Morales Prats (Coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra 2001, pág. 889.

⁶⁹ De hecho los escándalos económicos de los últimos tiempos en los Estados Unidos, Casos Enron, Ercross, han dado lugar a una crisis de fiabilidad tal en los consumidores que ha rebertido en una caída de los mercados bursátiles. Incluso, se han tipificado nuevos delitos de control de entidades financieras para atajarlos. Ello prueba que las empresas se mueven por su reputación y que ésta es fundamental para sus logros económicos.

⁷⁰ Vid. más ampliamente Zuñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ob. Cit., 2003, págs. 230-233. Siguiendo a Lampe, "Systemunrecht und Unrechtssysteme", ob. Cit., 1994, págs. 706-713, quien hace esta clasificación de injustos de sistemas complejos, aunque considera los dos supuestos enunciados más un tercero que sería el caso de las corporaciones criminales estatales (aparatos de poder organizados), a las que se les puede dar el mismo tratamiento que el de las asociaciones ilícitas, pero criminológicamente tienen algunas peculiaridades. A los efectos de la aplicación de las consecuencias accesorias que nos interesa, para las que claramente están fuera del supuesto de hecho las organizaciones estatales, nos basta con ambos supuestos.

En el primer caso, la instrumentalidad de la persona jurídica es clara y se configura como un objeto peligroso en manos de unos sujetos que actúan dolosamente. Este actuar es propio de la criminalidad organizada que crea, mantiene, transforma y disuelve sociedades según le sea los fines ilícitos. En estos casos es de aplicación el tipo penal de asociaciones ilícitas del art. 515 CP. Nótese que en este supuesto está claro que finalidad de la norma es prevenir la continuidad de la propia asociación, en tanto organización que tiene como fines o medios la comisión de delitos⁷¹.

Distinto es el supuesto en el que una persona aprovecha el contexto de una persona jurídica para cometer un delito o éste se produce por un defecto de organización o por políticas de empresa que desbordan los riesgos para bienes jurídicos. En estos casos es más fácil ver que la persona jurídica no es un mero instrumento en manos de unos determinados sujetos, sino que se produce **un injusto de organización**, esto es, una lesión a bienes jurídicos fruto de un contexto de organización defectuosa⁷². Ejemplo de éstos serían los delitos por infracción de las normas de prevención de accidentes laborales, los delitos contables de los casos Enron o Ercross, etc. Parece claro que aquí sí estamos ante actividades de empresa que se pretenden prevenir (defecto de organización, omisión por los delitos cometidos por los subordinados, etc.).

El principal problema de las consecuencias accesorias del art. 129 es que parecen requerir previamente la imposición de una sanción a una persona individual⁷³, lo cual daría lugar a una práctica inaplicabilidad de las mismas, puesto que precisamente individualizar responsabilidades, como se ha visto, es la principal dificultad. Como es lógico, esta interpretación constriñe prácticamente la aplicación de las mismas, puesto que habrá que probar la responsabilidad penal de un autor para proceder a aplicarlas.

Sin embargo, la jurisprudencia última de suspensión de las actividades del partido político vasco, el Auto de 8 de octubre de 2002 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que confirma el auto de 26 de agosto de 2002, parece admitir la tesis de una responsabilidad de la propia organización, independiente de la de sus miembros. El auto reconoce la tesis de que “bien puede ocurrir que durante la instrucción del proceso queden antes evidenciadas las actividades delictivas en el seno y en el objeto real de la organización, y una vez descubiertas, se puedan perfilar nítidamente los indicios racionales de criminalidad en personas individuales”. Esto es, respecto a las vinculaciones entre responsabilidades individuales y responsabilidad de la organización, si bien lo normal es que la responsabilidad penal de sus miembros denoten la responsabilidad de la organización, no se puede desdeñar la posibilidad de que antes de comprobar la responsabilidad penal individual queden evidenciadas las actividades delictivas de grupo y en el objeto real de la organización.

Mientras no se resuelvan todos los extremos apuntados, el fin políticocriminal preventivo de las consecuencias accesorias será prácticamente nulo.

⁷¹ Cfr. Reaño Peschiera, Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita”, San Martín Castro / Caro Coria / Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista, Lima, 2002, pág. 300.

⁷² Sobre los problemas concretos de injusto, culpabilidad y penalidad Vid. más ampliamente Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ob. cit., págs. 227-245.

⁷³ Es lo que ha entendido la jurisprudencia y doctrina mayoritaria.

3. La construcción dentro del propio Derecho Penal o un modelo paralelo

En realidad, dentro de las opciones posibles para imputar responsabilidad penal al propio ente, las dos soluciones fundamentales que se plantean son⁷⁴: a) utilizar los mecanismos de imputación existentes en la dogmática penal, los cuales demostrarían una funcionalidad incluso para sancionar penalmente a las personas jurídicas; b) diseñar un sistema nuevo de imputación penal para el propio ente, construyendo categorías y principios especialmente elaborados a partir de las características de las organizaciones complejas.

Creo que la opción a) tiene estructuralmente sus límites teóricos. La flexibilización de las categorías de la omisión, la posición de garante, la imprudencia, la imputación objetivo para hacer responder a los directivos de empresas por casos de responsabilidad por el producto, puede tener un efecto perverso, contaminador de todo el sistema penal⁷⁵.

Concretamente, la teoría de la autoría y participación, ha sido diseñada a partir de la individualización de un sujeto (accesoriedad de la participación), que ha realizado el comportamiento con dolo. Prueba de ello, es que a pesar de las transformaciones sufridas en los últimos tiempos, en que se ha pasado de categorías que valoraban la contribución causal al hecho para individualizar responsabilidades, a construcciones en las que la responsabilidad se fundamenta en la previsión de cuidado, muy próximas a la teoría de la imputación objetiva, todavía no existen consensos suficientes en la participación de los delitos imprudentes⁷⁶ y los de omisión⁷⁷, principales formas de conductas que ocurren en la criminalidad de empresa. La complejidad de sucesos que dan lugar a la realización de delitos en sistemas organizados, aunada a la falta de acuerdo de la doctrina sobre la responsabilidad en la autoría y la participación, principalmente en materia de participación imprudente en que es mayoritaria la tesis de la impunidad, nos plantean un panorama bastante desolador para la seguridad jurídica que debe presidir la intervención penal⁷⁸ y grandes posibilidades de lagunas de punibilidad. De ahí que muchas veces, los denunciados problemas probatorios en estos casos, sean en realidad verdaderos problemas de deficiencias en los criterios de imputación.

⁷⁴ Según Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., pág. 359, las soluciones que pueden proponerse son: a) rebajar las exigencias del principio de culpabilidad; b) elaborar un sistema específico de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, c) desviar al ámbito del Derecho Administrativo o Civil. De acuerdo a esta propuesta, descartaría las opciones a) y c). La primera, porque ya se ha visto que es posible conciliar el principio de culpabilidad con la responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y, más bien, se ha insistido en la necesidad de equiparar principios –relativamente, en función del bien jurídico– en todo el orden sancionador, a partir del paradigma penal. La segunda, porque ya se ha puesto en evidencia que la prevención de la criminalidad, para los casos graves, debe estar siempre en manos del orden penal, ya sea que sea cometida por persona física o jurídica.

⁷⁵

⁷⁶ Incluso se plantea la impunidad de la participación en los delitos imprudentes de *lege lata*: Cfr. Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I.*, Madrid, 1996, pág. 501; Pérez Manzano, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 109-110.

⁷⁷ Vid. epígrafe precedente el modelo de la responsabilidad del titular de la empresa.

⁷⁸ Como previene Carbonell, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, 2da. ed., Valencia, 1996, el peligro de la dogmática de llegar a distintas soluciones según el sistema que se adopte, le despoja de su función básica de dotar de criterios seguros al juez.

La opción b) de creación de un modelo paralelo de responsabilidad a la propia persona jurídica, al lado del ya existente de responsabilidad, permite cerrar el círculo de la relación responsabilidad individual y responsabilidad de la organización⁷⁹.

Abona en favor de la tesis que debe abordarse los fenómenos de delitos cometidos en sistemas complejos en clave de sistema, empresa u organización, el hecho constatado científicamente, de que los peligros y lesiones de bienes jurídicos dentro de una empresa, son la mayoría de las veces resultado de defectos de una serie de conductas atribuibles a la organización de la propia empresa (políticas de empresa), que no pueden individualizarse en una concreta decisión de una concreta persona, sino en una deficiencia de largos años de falta de cuidado del riesgo consciente⁸⁰. En efecto, estudios hechos por los norteamericanos sobre delitos en corporaciones (*Corporate crime*), han puesto de manifiesto que los mismos se producían por una serie de políticas de la propia empresa, mala organización, incumplimiento de normativas, falta de vigilancia, lo cual aunado a otros factores hacían que los riesgos aumentasen hasta desencadenar la lesión a bienes jurídicos⁸¹.

Los estudios sobre teoría de la organización, no solo ponen en evidencia los cambios en el comportamiento individual dentro del seno de organizaciones, sino también que puede hablarse de un comportamiento organizacional. Hoy en día se comprende a la organización como un sistema que influye en el comportamiento de los individuos, tratándose de un comportamiento organizacional⁸².

4.Problemas de injusto y culpabilidad del modelo

Veamos los principales problemas con que se topa un modelo de responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

El primer escollo con el que una imputación penal al propio ente colectivo tropieza, es el considerar que la propia persona jurídica es capaz de realizar una acción penalmente relevante, sino siempre son sujetos individuales los que actúan por las corporaciones. A esta postura, por cierto asentada prácticamente como un dogma en la doctrina⁸³, cabe oponerle las siguientes objeciones:

Primero, desde concepciones ontológicas de la acción penal, fundadas en un injusto personal como infracción de la norma de determinación (entendida como voluntariedad), es imposible salir del círculo vicioso que supone el razonamiento tautológico siguiente: la acción penal es un comportamiento humano final

⁷⁹ Siguiendo a Lampe, Heine, Tiedemann y Baigún.

⁸⁰ Cfr. Otto, "Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen", en *Jura*, 8, 1998, p 416.

⁸¹ Cfr. Wells, "Corporations: culture, risk and Criminal Liability", en *The Criminal Law Review*, 1993, págs. 558-567.

⁸² Cfr. MOUZELIS, *Organización y burocracia*, ob. cit., pág. 158. De ahí que sean importante los problemas de poder y de conflictos entre grupos.

⁸³ Para la doctrina dominante y la manualística española las personas jurídicas no son capaces de realizar una acción penal. Cfr. por todos Gracia Martín, "La responsabilidad penal de la propia persona jurídica.", en *AP*, 1993, págs.603 y ss., las personas jurídicas no son sujetos capaces de acción penal porque no pueden ser objeto de la norma de determinación. También la mayoría de los manuales parten de la incapacidad de acción penal de las personas jurídicas para negar su responsabilidad penal Vid. por todos: Berdugo / Arroyo / García Rivas / Ferré Olivé / Serrano-Pidecasas, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 115.

(voluntariedad), por tanto las personas jurídicas no son capaces de realizar una acción penal⁸⁴. Es decir, partiendo del principio que sólo las conductas de personas físicas son penalmente relevantes, no es posible, en ningún caso, replantear, de manera crítica, la posibilidad de que las sociedades delincan. De ahí que por este camino la discusión estaría en un “callejón sin salida”, pese a que en la realidad constataríamos criminológicamente la incidencia de la criminalidad realizada por corporaciones.

Segundo, hoy en día las concepciones actuales no centran la discusión de la responsabilidad penal en el problema de la acción, pues este concepto ha resultado con poco rendimiento, para determinar qué es relevante penalmente⁸⁵. A lo más, la teoría de la acción ha servido para establecer qué **no es acción penalmente relevante**, cumpliendo más bien una función negativa, de exclusión del injusto, como lo estableciera Beling⁸⁶. Las posturas teleológico funcionalistas que hoy son dominantes, centran ese “punto de arranque” en el tipo de injusto como expresión valorativa de sentido, la cual está condicionada por los fines políticocriminales de la norma penal, esto es prevención y protección de bienes jurídicos. De manera que la determinación de lo jurídico-penalmente relevante es una valoración sustentada en esos paradigmas y que representan una dañosidad social grave evitable plasmada en la ley penal. La acción penal ha dejado de ser el “punto de arranque” de la imputación penal, porque hoy en día es sumamente compleja, intervienen una serie de factores naturalísticos, fortuitos, antropológicos, biológicos, psíquicos en el actuar humano, por lo que no podría establecerse un sustrato común que responda a la realidad fenomenológica de la criminalidad actual. Desde estos presupuestos, teniendo en cuenta que la realidad criminológica nos enseña que los ilícitos se realizan muchas veces en contextos colectivos, donde los intervinientes son sujetos colectivos y existe una complejidad de nexos causales, lo importante no es “la acción penalmente relevante”, sino la dañosidad social evitable, el resultado que viene a ser la plasmación del riesgo desaprobado por el ordenamiento (suceso evitable que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos importantes)⁸⁷.

En suma, si se entiende como modernamente suele entenderse el hecho penalmente relevante, como el comportamiento de sujetos destinatarios de la norma penal, a los que les llega el mandato de valoración y el mandato de determinación, esto es, que son motivables por dicha norma, no existe inconveniente en sostener que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de delitos o ser capaces de realizar una acción penal.

⁸⁴ Recordemos que esta concepción responde al método finalista, según el cual el objeto de conocimiento determina el método y, por tanto, el comportamiento humano, que es el objeto, es el “sustrato fáctico”. De cómo desde el ontologismo tampoco puede replantearse el problema de los elementos del dolo Vid. últimamente, Laurenzo, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 105. Desde posturas ontologistas, Hirsch, “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, en *ADPCP*, 1993, pág. 1106, para quien las acciones de sus órganos, son también acciones propias de las asociaciones, quienes son destinatarias reales de los deberes jurídicos.

⁸⁵ Cfr. Marinucci, *El delito como “acción, Crítica de un dogma*, trad. de Saíenz-Cantero Caparrós, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 14.

⁸⁶ Cfr. Marinucci, *El delito como “acción, Crítica de un dogma*, ob. cit., pág. 16; Jaen Vallejo, *El concepto de acción en la dogmática penal*, ob. cit., pág. 93.

⁸⁷ Concepción dominante, por otro lado, en la teoría de la imputación objetiva, cuya discusión ha ocupado buena parte de los últimos años. Vid. por todos, Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, trad. de Abanto Vázquez, Idemsa, Lima, 1997, págs. 109 y ss. ROXIN, “Acerca de la consolidación políticocriminal del sistema de Derecho Penal”, en ROXIN, *Dogmática penal y Política Criminal*, ob. cit., pág. 27.

En realidad, el escollo dogmático más importante que existe para sancionar penalmente a las asociaciones y, por tanto, establecer como supuesto de hecho de las consecuencias accesorias la realización de una conducta de organización, es que se considera que de éstas no se puede predicar el *dolo o la culpa*, elemento esencial de toda infracción penal. Es decir, las personas jurídicas carecerían de los elementos subjetivos para imputar una sanción en clave penal. Esta postura de imposibilidad conceptual de elementos subjetivos en la persona jurídica se basa en una concepción de los mismos a partir de la persona humana, concretamente a partir de la *voluntad humana*. A ello cabe responder con dos argumentos concretos. Primero, sí es posible concebir elementos subjetivos en empresas y organizaciones. No sólo la práctica real de la imposición de sanciones a empresas por el Derecho de la Libre Competencia de la UE, sino también desde el punto de vista doctrinal se puede concebir una construcción de dolo o culpa de organización. El dolo, superando el elemento volitivo, puede conceptuarse como la *conciencia del riesgo para los bienes jurídicos*; y la culpa, se puede concebir como la *ausencia de conciencia evitable del riesgo para bienes jurídicos*⁸⁸.

En lo que respecta a la culpabilidad, o las características que debe poseer el sujeto para que responda penalmente, desde el momento en que la responsabilidad penal o la imputación personal de culpabilidad ya no es entendida como reprochabilidad por no haber actuado de otro modo (fundada en el libre albedrío), sino normativamente, desde el punto de vista social, puede dar respuestas satisfactorias al fenómeno de la delincuencia asociacional.

Si actualmente se considera que el contenido material de la culpabilidad está asociado a las funciones de la pena, esto es, prevención general y prevención especial. la atribución de responsabilidad penal es un problema de lineamientos de merecimiento y necesidad de pena por parte del legislador en base a capacidades para ser destinatarios de la norma penal. Las personas jurídicas son los principales destinatarios de las normas penales de los delitos socioeconómicos y no es posible desconocer su capacidad de motivación. Para una empresa, la fama, el buen nombre, el prestigio es muy importante para competir en el mercado, por lo que una sanción pública puede tener claros efectos preventivos.

V. Conclusiones: De la deconstrucción a la construcción de un modelo de responsabilidad penal a la persona jurídica.

El proceso de revisión del principio *societas delinquere non potest* que está sufriendo en los últimos tiempos no es más que una consecuencia del auge de una criminalidad organizada, empresarial, económica, transnacional que está demostrando un amplio poder criminógeno. Las vinculaciones entre criminalidad de empresa y criminalidad organizada encuentran como núcleo de interrelación a la empresa, como agente social en el que se encuentran el mundo del tráfico lícito e ilícito. Los escándalos financieros de los últimos tiempos, las organizaciones financieras que sirven de soporte

⁸⁸ Siguiendo la teoría del Tribunal de Justicia de Comunidad Europea para los delitos contra la libre competencia se han desarrollado estos conceptos, teniendo en consideración la teoría cognitiva del dolo (Laurenzo, *Dolo y conocimiento*, ob. Cit., passim.), Vid. más ampliamente Zúñiga, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ob. cit., págs. 237-239.

al terrorismo, los desastres ecológicos, son todos delitos que se cometen en el seno de una organización empresarial, con vinculaciones con organizaciones ilícitas.

Las dificultades que conlleva la individualización de responsabilidades da lugar a serias lagunas de punibilidad. La *deconstrucción* o cuestionamiento de los modelos de responsabilidad individual ponen evidencia sus deficiencias, puesto que no sólo no atacan la actitud criminal del grupo o los defectos de organización que ponen en riesgo los bienes jurídicos, sino que tampoco colman los efectos preventivos esperados por la norma penal dada su escasa aplicabilidad.

La construcción de un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica paralelo a la responsabilidad individual, permite distinguir cuando un ilícito es cometido por una persona física que se sirve de una persona jurídica y cuando se trata de un ilícito de organización, un tipo de criminalidad de grupo. Los estudios sobre teoría de la organización confirman la necesidad de indagar por este camino, pese a las dificultades aún existentes. Sólo así podremos hacer frente con eficacia a la macrocriminalidad que demuestra su extraordinario poder criminógeno, sin soslayar garantías básicas de un Estado de Derecho.

Las transformaciones que se están produciendo en el sistema de penas, en el que se incorporan sanciones no personales como la pena privativa de libertad, y la mayor valoración de los bienes jurídicos socioeconómicos, abonan en la dirección de reflexionar sobre nuevas soluciones para nuevos problemas.

Bibliografía

ACHENBACH, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán”, en SILVA SÁNCHEZ (ED.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995.

ALESSANDRI, “Parte General”, en PEDRAZZI / ALESSANDRI / FOFFANI / SEMINARA / SPAGNOLO, *Manuale de Diritto Penale dell'impresa*, Monduzzi, Bologna, 1998.

ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, anotado y corregido por J. Hernández y B. Merino, Akal, 2ª ed., Madrid, 1986.

ARROYO /TIEDEMANN, *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, Univ. de Castilla-La Mancha, 1994.

BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

BAYLOS / TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, 2da. ed., Madrid, 1997.

BERDUGO / ARROYO / GARCÍA RIVAS / FERRÉ OLIVÉ / SERRANO-PIDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Praxis, Barcelona, 1996.

CARBONEL, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, 2da. ed.

CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Introducción I*, Tecnos, Madrid, 1996.

CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

DELMAS-MARTY / VERVAELE (EDS.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I, II, III y IV, Intersentia, 2002, 2001.

DÖLLING, “Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsetzung”, en ZStw, 1994.

FIGUERUELO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.

GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en EPC, Nº XVI, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 2º ed., Civitas, Madrid, 1984.

GRACIA MARTÍN, “Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal” en *AP*, 1993.

_____, “La responsabilidad penal de la propia persona jurídica.”, en *AP*, 1993.

HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

HIRSCH, “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, en *ADPCP*, 1993.

JAEN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994.

KALDOR, *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*, trad. de M.L. Rodríguez Tapia, Tusquets, Barcelona, 1991.

KERNER, “Experiencias criminológicas con las recientes reformas para la lucha contra la criminalidad económica en la República Federal Alemana”, en BARBERO SANTOS (ED.), *La Reforma Penal: los delitos socioeconómicos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985.

KHULEN, “Zum Strafrecht derecho Risikogesellschaft”, en *GA*, 1994.

KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker und Humboldt, Berlin, 1993.

LAMPE, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en *ZSrW*, 106, 1994.

LAURENZO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

LOZANO, “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991)”, en *RAP*, Nº 129, 1992.

LUSCARAIN, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Libro Homenaje a Tiedemann*, Edersa, Madrid, 1995.

LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I.*, Madrid, 1996.

MARINUCCI, *El delito como acción, Crítica de un dogma*, trad. de Saínz-Cantero Caparrós, Marcial Pons, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ PÉREZ, “La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo”, en *EPC*, Nº VI, 1983.

MAYNTZ, *Sociología de la organización*, Alianza Universidad, 5ª reimpresión, Madrid, 1990.

MOUZELIS, *Organización y burocracia. Un análisis de las teorías modernas sobre organizaciones sociales*, Ediciones Península, 3ª ed., Barcelona, 1991.

NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios (Derecho Penal Europeo)*, Praxis, Barcelona, 1996.

OTTO, “Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen”, en *Jura*, 8, 1998.

PALIERO, “L'autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penal dei codici?”, en *RIDPP*, 1994.

PARADA VÁSQUEZ, “Las sanciones administrativas”, en AA. VV., *La empresa en la CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1989.

PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997.

PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999.

POLAINO NAVARRETE, “Derecho Penal criminal y Derecho administrativo sancionador”, en *RCLM*, Nº 7, 1989.

PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (DIR), *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

RAMONET, *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*, trad. de J. A. Soriano, Mondadori, Barcelona, 2002.

REAÑO PESCHIERA, Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita”, SAN MARTÍN CASTRO / CARO CORIA / REAÑO PESCHIERA, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista, Lima, 2002.

RODRÍGUEZ RAMOS, “¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, en *La Ley*, 1996.

ROGALL, “Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (& 130 OWiG)” en *ZStW*, 1986.

ROXIN, *Derecho Penal . Parte General*, La estructura de la teoría del delito, trad. y notas de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. De Vidente Remesal de la 2ª ed. Alemana, Madrid, Civitas, 1997.

_____, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, trad. de Abanto Vázquez, Lima, Idemsa, 1997

_____, “Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho Penal”, en ROXIN, *Dogmática penal y Política Criminal*.

SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, 4ª ed., Barcelona, 1991.

SERRANO PIEDECASAS, “Crítica formal del concepto de omisión”, en *ADPCP*, 1993.

SHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln- Berlin-Bonn/München, Carl Herymanns Verlag, 1979.

_____, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en *ADPCP*, 1988.

_____, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, AA. VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Vol. 1, Univ. Castilla La Mancha / Univ. de Salamanca, Cuenca, 2001.

_____, “Introducción” en SHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991

_____, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustrializadas*, Civitas, 2ª ed, Madrid, 2001.

SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, T III, Publicaciones del Real Colegio de España, Madrid, 1991.

TERRADILLOS, “Delitos societarios y grupos de empresas”, en BAYLOS / COLLADO (eds.), *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994.

TORÍO, “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema penal)”, en *Estudios sobre la CE en Homenaje a García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

VERVAELE, “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?, Revista Penal, n. 2, 1998.

WELLS, “Corporations: culture, risk and Criminal Liability”, en *The Criminal Law Review*, 1993.

ZUGALDÍA, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)”, en QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS

(COORDS.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Aranzadi, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del Derecho Penal o una ‘penalización’ del Derecho administrativo sancionador?”, en AA. VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha / Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

_____, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003.

_____, *Política Criminal*, Colex, Madrid, 2001.

Los Principios Generales de los Contratos

José Antonio Márquez González*

RESUMEN: Este ensayo examina algunos de los principios generales más importantes en la contratación civil y mercantil, específicamente a partir de su reciente formulación en los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

Sólo he elegido los siguientes temas: el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*, la revocación de la oferta, la aceptación de la oferta entre personas no presentes, las condiciones generales de contratación o cláusulas estándar, la validez del contrato, la excesiva desproporción (lesión), la anulación del contrato y el marco de interpretación. Aun con esta reducción temática, el trabajo tiene la virtud, creo, de precisar aspectos puntuales y señalar los desenvolvimientos más recientes en cada uno de ellos.

Palabras claves: Contratación civil y mercantil.

ABSTRACT: *This essay studies some fundamental principles in the Civil and Commercial contractual law, taking specifically in account its up to date formulation in the UNIDROIT Principles of the Internacional Commercial Contracts.*

I have just confined my contribution to examine certain rules about the pacta sunt servanda and rebus sic stantibus principles, the offer and its revocation, contracting under standard terms, hardship clauses, validity, nullity and interpretation, of the contracts.

However, the essay has the virtue, I hope, of indicating the more relevant points and their new developments.

Key words: *Civil and Commercial contractual law.*

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema; 2. Los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*; 3. El principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*; 4. Revocación de la oferta; 5. Aceptación de la oferta entre personas no presentes; 6. Condiciones generales de contratación o cláusulas estándar; 7. Validez del contrato; 8. Excesiva desproporción (lesión); 9. Anulación del contrato; 10. Marco de interpretación; 11. Conclusiones.

* Notario Público de Orizaba y Profesor en la Universidad Veracruzana.

1. Planteamiento del problema

Es mi propósito emprender en este ensayo el examen de algunos puntos específicos tal y como han sido formulados en los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* dados a conocer por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

He elegido discrecionalmente sólo unos cuantos de los temas más interesantes que de allí resultan: el asunto en realidad -como puede fácilmente adivinarse- es mucho más vasto y complejo.

Sin embargo, estoy seguro de que el trabajo destaca claramente la naturaleza de la cuestión y los modos que se han utilizado para dilucidarla. Utilizo aquí un triple método de aproximación histórico, comparativo y exegético que -espero- ilustra la magnitud del problema y la pertinencia de soluciones, ya eclécticas, ya decididamente parciales, o aun inéditas por completo.

La dificultad del tema a tratar, la metodología múltiple y compleja que exige y aun los reducidos límites de este ensayo hacen aparecer cualquier resultado como modesto, pero el análisis evidencia una dirección y un sentido.

En un trabajo como éste, se puede profundizar fácilmente en cualquiera de las tres direcciones metodológicas, pero fuera de un afán inútil de erudición, lo que interesa es examinar la conveniencia de la solución producida. En este aspecto, la comunidad académica y las asociaciones forenses examinan apenas el resultado de su puesta en práctica y el sentido de las decisiones judiciales relativas.

2. Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) publicó en Roma en 1994 las versiones originales en inglés y francés de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (en lo que sigue, *Principios*). La versión en español se publicó en 1995, también en Roma.

Los *Principios* no constituyen un instrumento vinculante a nivel internacional. Por tanto, no requieren de la aprobación ni de la ratificación de los gobiernos de los estados. En realidad, se espera su aceptación y divulgación por su exclusivo poder de inspiración y convencimiento, en virtud de su valor intrínseco y de la conciliación de intereses que ha resultado de la aportación multinacional de unos cien juristas de todos los países del mundo interesados en el proyecto. Como se afirma en su Preámbulo, estos *Principios* pueden ser utilizados para interpretar, suplir y adicionar textos internacionales de derecho uniforme y servir también de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.

Colaboraron en la redacción de los *Principios* numerosos abogados, magistrados, funcionarios y catedráticos universitarios a lo largo de 25 años, desde que se inició su elaboración por el profesor René David, uno de los más grandes comparatistas del siglo pasado.

3. El principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*

De conformidad con lo dispuesto en el art. 1.3 de los *Principios*, “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún otro modo dispuesto en estos principios”.

Por tanto, esta cláusula establece el principio fundamental de derecho denominado *pacta sunt servanda* (en la expresión medieval original, *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*). La preceptiva se reitera mucho más adelante al establecerse que “Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la “excesiva onerosidad” (*hardship*), las partes continuarán obligadas a cumplir con sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas”. No obstante, constituyendo ésta la regla general, comporta sin embargo una notable excepción con lo dispuesto en el art. 6.2.2. de los propios *Principios*, en donde se establece la aplicación excepcional de la cláusula *rebus sic stantibus*:

- Se presenta un caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra y, además, cuando:
- (a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
 - (b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
 - (c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; y
 - (d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos.

Así, los artículos relativos de los *Principios* no hacen sino incorporar las tendencias más recientes del derecho civil internacional en lo relativo a la moderación y limitación del principio general *pacta sunt servanda* a través de la cláusula de excepción *rebus sic stantibus*.

4. Revocación de la oferta

Por su parte, los arts. 2.4 y siguientes prevén el caso de revocación de la oferta estableciendo como regla general el principio de que “Cualquier oferta puede ser revocada hasta que el contrato se celebre, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación”. Sin embargo, se prevé que la oferta no podrá revocarse, por vía de excepción, en dos supuestos importantes:

- a) Si en ella se indica que es irrevocable, ya sea señalando un plazo fijo para su aceptación o por darlo a entender de alguna otra manera;
- b) Si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta.

Por tanto, los *Principios* adoptan aquí una posición ecléctica que oscila entre la regla general que permite la revocación de la oferta y la consignación de reglas

específicas que posibilitan el rompimiento de dicha regla. Se concilia así la disparidad de opiniones en el derecho comparado, porque en los sistemas derivados del *common law* una oferta no tiene fuerza legal en lo absoluto, ni siquiera en los casos en que pueda servir de base para el fincamiento de responsabilidad del daño (esto obedece, como se sabe, al principio de vinculación que reside en la expresión *consideration*). A pesar de ello, el *UCC* estadounidense se aparta de esta tradición al prescribir que “una oferta hecha por un comerciante para comprar o vender mercancías en un documento firmado, el cual en sus términos otorgue la seguridad de que la oferta será mantenida, no es revocable, por falta de contraprestación”.¹

En los sistemas romanistas, por el contrario, prevalece en general el punto de vista opuesto, como puede observarse en los códigos francés e italiano:

Art. 1382. Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño, obliga a aquél en cuya virtud ha sido causado, a su reparación. (*Code.*)²

Art. 1328. Revocación de la propuesta y de la aceptación. La propuesta puede ser revocada en tanto el contrato no se haya concluido. Sin embargo, si el aceptante ya emprendió, de buena fe, su ejecución antes de tener noticias de la revocación, el proponente está obligado a indemnizarlo por los gastos y las pérdidas sufridas por el principio de ejecución del contrato. (*Codice.*)³

Por su parte, el *BGB* alemán consigna en sus parágrafos 130 y 145 que:

§ 130. Una declaración de voluntad que ha de emitirse frente a otro, si es emitida en su ausencia, se hace eficaz en el momento en que llega a él. No es eficaz si antes o simultáneamente llega a otro una revocación[...].

§ 145. Quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación.⁴

Lo sigue estrechamente el código civil brasileño que dispone que “La oferta de un contrato obliga al proponente, si lo contrario no resulta de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso” (art. 1080).⁵

5. Aceptación de la oferta entre personas no presentes

Un caso muy problemático, en este mismo contexto, se encuentra previsto en el art. 2.6 inciso (2) de los *Principios*. Esta norma reza que “La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente” lo cual, desde luego,

¹“§ 2-205. Firm Offers.- An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration [...]”

²“Art. 1382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.”

³“Art. 1328. Revoca della proposta e dell’accettazione.- La proposta può essere revocata finchè il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l’accettante ne ha intrapreso in buona fede l’esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l’iniziata esecuzione del contratto.”

⁴“§ 130. [Wirksamwerden der Willenserklärung gegenüber Abwesenden] Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht [...]”

“§ 145. [Bindung an den Antrag] Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.”

⁵“Art. 1.080. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

no se encuentra en consonancia por lo menos con lo dispuesto en el art. 80 del Código de Comercio, el cual precisa la perfección del contrato al momento en que se conteste aceptando la propuesta -o las condiciones en que ésta fuere modificada-.

Sin embargo, el art. 1740 del Código Civil para el Estado de Veracruz sí acepta la teoría de la recepción, aunque el 2274 consigna una clara excepción para el contrato de donación.⁶

En el derecho comparado, las soluciones también aparecen en forma dispar (1.086, CC Brasil; 1214, CC Puerto Rico; 1154, CC Argentina; 224º, CC Portugal; 1.262, CC España; 1335, CC Italia; 130, *BGB*...).

6. Condiciones generales de contratación (o cláusulas estándar)

Los arts. 2.19 y siguientes incorporan en los *Principios* el debatido tema de las cláusulas estándar, estipulando que:

- (1) Cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar para celebrar un contrato, se aplicarán las normas generales que se refieren a la formación del contrato, sujetas a lo dispuesto en los arts. 2.20 al 2.22.
- (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte.

En el derecho comparado, el asunto se encuentra planteado en el código civil alemán en términos muy genéricos en el parágrafo 242 que dice: “El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”.⁷

Por su parte, el código civil italiano refiere en su art. 1341:

Condiciones generales del contrato. Las condiciones generales del contrato predisuestas por uno de los contrayentes son eficaces en relación con el otro, si al momento de la conclusión del mismo éste las ha conocido o habría debido conocerlas usando una diligencia ordinaria [...] En todo caso no producen ningún efecto, si no son específicamente aprobadas por escrito.⁸

Aun el *Uniform Commercial Code* trata el tema en el parágrafo 2-302, inciso (1): “Cláusulas o contratos irrazonables. (1) Si el tribunal como punto litigioso juzga que

⁶ Otros casos se encuentran previstos en los arts. 21, I, de la Ley sobre el Contrato de Seguro; 56 de la Ley Federal de Protección al Consumidor y 222 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

⁷ “§ 242. [Leistung nach Treu und Glauben] Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

⁸ “Art. 1341. Condizioni generali di contratto. Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza [...] In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto [...]”

el contrato o alguna de sus cláusulas han sido irrazonables al momento en que fueron hechas, la corte puede rehusar la ejecución del contrato [...]”.⁹

En Brasil, la ley no. 8078, de 11 de septiembre de 1990, define la figura bajo el rubro *contrato de adesão* en el art. 54.¹⁰

7. Validez del contrato

En distinta materia, el capítulo tercero de los *Principios* se refiere a la validez del contrato, precisando en su art. 3.2 que “Todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún otro requisito”.

Tal afirmación resulta, desde luego, sorprendente para un jurista de filiación romanista y antes bien, los términos de semejante precepto se sitúan muy cerca de la doctrina anglosajona que prevé la formación y perfeccionamiento de los actos jurídicos.

Poseedora de una tradición secular en el tema, la doctrina romanista-canónica ha establecido desde un principio una serie de condiciones en ausencia de las cuales no puede concebirse siquiera que exista el acto. Desde el principio, los juristas romanos supieron distinguir con precisión los elementos del negocio agrupándolos en *essentialia*, *naturalia* y *accidentalit negotii*.¹¹ Mucho más adelante, la ciencia canónica recogió en el canon 124 §1 la remisión correspondiente al derecho secular en cuanto a la validez del acto, aclarando que debe haber sido realizado por persona capaz y concurrir los elementos esenciales que lo constituyen.¹²

Por su parte, el código civil francés habría de fijar la cuestión en el art. 1108 que establece la concurrencia de cuatro condiciones esenciales para la validez de una obligación: el consentimiento de la parte que se obliga, capacidad para contratar, objeto cierto que constituya la materia del compromiso y una causa lícita de la obligación.¹³

Esta última condición provocaría -ya se sabe- una controversia doctrinal enconada y persistente en la doctrina francesa, e incluso habría de trasladar la discusión

⁹ “§ 2-302. Unconscionable Contract or Clause. (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract [...]”.

El código civil veracruzano no contiene ninguna disposición al respecto. De hecho, la única estipulación dogmática sobre el tema se encuentra en el art. 86 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que prevé el registro previo de los contratos de adhesión ante la Procuraduría cuando “impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento”.

¹⁰ “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

¹¹ Todavía ahora, el código civil de Colombia reproduce nítidamente esta triple distinción en el art. 1501.

¹² “124 § 1. Ad validitatem actus iuridici requiritur ut a persona habili sit positus, atque in eodem adsint quae actum ipsum essentialiter constituunt, necnon sollemnia et requisita iure ad validitatem actus imposita [...]”.

¹³ “Art. 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention:

Le consentement de la partie qui s’oblige;

Sa capacité de contracter;

Un objet certain qui forme la matière de l’engagement;

Une cause licite dans l’obligation.”

a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos nacidos bajo la influencia de la codificación gala. En efecto, el código civil español hubo de recoger este requisito en la triple reunión de elementos que se prevé en el art. 1261: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1o. Consentimiento de los contratantes. 2o. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3o. Causa de la obligación que se establezca”.

Lo mismo prescribe el código civil italiano en el art. 1325 cuando reduce los requisitos del contrato al acuerdo de las partes, la causa, el objeto y la forma.¹⁴

Por último, el código civil brasileño en su art. 82 exige en forma mucho más simple la presencia de tres elementos que reduce a la capacidad, objeto lícito y forma exigida por la ley.¹⁵

Por otra parte, el código local establece seis elementos en los arts. 1727 y 1728 distinguiendo la presencia de elementos esenciales en el primero y de elementos de validez en el segundo:

Art. 1727. Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Art. 1728. El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

En este contexto, la celebración, modificación y extinción del contrato por el “mero acuerdo de las partes” conforma un precepto de extremada simpleza que difícilmente puede conciliarse con los códigos de tradición romanista. Sobre todo, porque ni siquiera la ausencia del precio constituye un elemento fatal para su imperfección, ya que el art. 5.7 de los *Principios* establece reglas genéricas de aplicación en su defecto. Reglas que, por cierto, recurren a expresiones legislativas de deliberada vaguedad.¹⁶

Por otra parte, en la contundente sencillez del 3.2 de los *Principios* se encuentran también ausentes los elementos que conforman la perfección del contrato cuando ostenta la característica de real. Así, el 2791 del código local dispone que “Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente”. En esta última hipótesis puede darse el caso de que quede en poder del deudor o de un tercero (art. 2792). Parece abandonarse, así, una rancia tradición sin la

¹⁴ “1325. Indicazione dei requisiti.- I requisiti del contratto sono:

- 1) l'accordo delle parti;
- 2) la causa;
- 3) l'oggetto;
- 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.”

¹⁵ “Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.”

¹⁶ Es cierto que en el derecho veracruzano, a pesar de la formulación precisa del 2181 puede no existir el precio, pero también lo es que inmediatamente se prevé que éste debe remitirse al que corre en día o lugar determinados o el que fije un tercero, aclarando que su señalamiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y que si eventualmente el tercero no lo señala, el contrato queda irremediabilmente sin efecto, excepto previsión expresa en contrario (2184 y ss.).

cual no podía entenderse en forma cabal el otorgamiento de garantía plena en materia mobiliaria.

La ausencia de este elemento prepara, desde luego, el camino para el surgimiento de lo que se ha denominado como *prenda sin desplazamiento* y que en México ha sido ya objeto de consagración legislativa en las recientes reformas de 12 de junio de 2003.

8. Excesiva desproporción (lesión)

Dentro de las anomalías que pueden surgir al momento de la celebración del contrato, el art. 3.10 de los *Principios* consigna el caso de excesiva desproporción en los términos siguientes: “(1) Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato o cualquiera de sus disposiciones si en el momento de su celebración, éste o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva”. [...]

En la doctrina del derecho comparado, la figura de la lesión ha surgido de un proceso secular de decantamiento que logró atemperar su significado y sus alcances. Desde hace 1500 años, el *Corpus Iuris Civilis* preveía absolutamente como natural la existencia de cierto lucro al contratar: “[...] al comprar y vender se admite como natural el comprar en menos lo que vale más, o vender en más lo que vale menos, y aprovecharse así de la otra parte (*Dig.* 19.2.22)”. Imaginando las dificultades y los abusos a que esto podía dar lugar, se regulaba la figura de la *laesio enormis* (es decir, un daño excesivo que superaba más de dos veces el precio real del objeto: *Cod.* 4.44.2, 4.44.8).

Mucho más tarde, Santo Tomás se preocupó elocuentemente de la cuestión en la *Summa Theologicae* al precisar que “[...] si el precio excede el valor del objeto, se sobrepasa la igualdad propia de la justicia. Por tanto el vender más caro o comprar más barato del precio real del objeto, de suyo es injusto e ilícito”.¹⁷

Medio milenio después, sin embargo, el *Code Napoléon* precisó dogmáticamente la cuestión estableciendo en su art. 1118 que “La lesión no vicia los convenios más que con relación a ciertos contratos o en consideración a determinadas personas”.¹⁸

Modernamente, el código italiano consigna la procedencia de una acción general de rescisión por lesión en el art. 1448:

Acción general de rescisión por lesión. Si hay desproporción entre las prestaciones de una parte y las de la otra y esta desproporción ha dependido del estado de necesidad de una de ellas, del cual la otra se ha aprovechado para sacar ventaja, la víctima puede demandar la rescisión del contrato.¹⁹

¹⁷ II, II, q. 77, a. 1.

¹⁸ “Art. 1118. La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l’égard de certaines personnes [...]”

¹⁹ “Art. 1448. Azione generale di rescissione per lesione. Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell’altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l’altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.”

Por su parte, el código civil español prescribe en su art. 1293 que “Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1o. y 2o. del art. 1.291”, que se refieren a los contratos celebrados por tutores sin autorización del consejo de familia y los celebrados en representación de los ausentes.²⁰

9. Anulación del contrato

En este mismo capítulo tercero que se refiere a la validez del acto, el art. 3.14 establece el derecho de anular el contrato “mediante una comunicación a la otra parte”, realizada dentro de un plazo razonable y teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso una vez conocidos los hechos. Tal comunicación a la otra parte configura una hipótesis excepcional para nuestro sistema jurídico, que no autoriza semejante ruptura del contrato a través de una comunicación.²¹

En este orden de cosas, el artículo inmediatamente siguiente, 3.16, se refiere expresamente a la situación de anulación parcial de los términos de un contrato. En efecto, “si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas, a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar la validez del resto del contrato”.

Tal disposición en los *Principios* hace juego con la situación prevista en el art. 6.1.17 que en la parte final del inciso (1) autoriza a conservar “el resto del contrato” en abierto homenaje al principio de *favor negotii* ya conocido por los romanos. En efecto, en *Dig.* 45.1.1.5 se encuentra establecido, al tratar sobre las obligaciones verbales, que “[...] si hay tantas estipulaciones como objetos, dos son (en este caso) las estipulaciones, una válida y otra no, y no se invalida aquella por ésta” (*utile per inutile non vitiatur*).

El principio responde pues a una gran tradición que puede fácilmente encontrarse en preceptos expuestos en la gran mayoría de las legislaciones civiles contemporáneas, como en el caso de los arts. 1419 italiano, 292º portugués y § 139 alemán.²²

²⁰ El derecho mercantil no autoriza la rescisión de las ventas mercantiles por causa de lesión, aunque concede una lesión por daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o con malicia, ya en la formación de un contrato, ya en su cumplimiento (art. 385), a diferencia del código civil local que, en esta misma hipótesis, establece la nulidad del contrato o la reducción equitativa de la obligación (art. 23; *cfr.* también 2189).

²¹ La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (*CISG*, 1980) habla sólo de “modificación o extinción” (art. 28).

²² “Art. 1419. Nullità parziale. La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.”

“Artigo 292º (Redução) A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.”

“§ 139. [Teilnichtigkeit] Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.”

El art. 2171 del código veracruzano consigna que “El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera”.

10. Marco de interpretación

Por último, resulta conveniente precisar que a lo largo de los siete grandes capítulos que conforman el marco legislativo de los *Principios* (de acuerdo con la forma romanista de computar, la separación en artículos del texto sumaría un total de 119 artículos distintos) campea una serie de fórmulas que, recurriendo a expresiones deliberadamente vagas y amplias, procuran matizar y resolver la adecuada interpretación de sus normas.

Así, expresiones como “buena fe y lealtad negocial”, “criterios comerciales razonables”, “persona sensata de la misma condición”, “sentido común”, “previsión razonable”, “cooperación contractual” y “discreción del tribunal”, conforman todo un marco de interpretación que es necesario adecuar a nuestra mentalidad romanista, aun cuando en el capítulo cuarto que versa precisamente sobre interpretación, se recogen viejas máximas que es posible encontrar en las formulaciones literales del *Digesto* y en las obras eruditas de Pothier y Savigny.

Por ejemplo, se establece en el *Corpus Iuris Civilis* que “Cuando las palabras de una estipulación son ambiguas, es lo más práctico interpretarlas al objeto de procurar el resultado del negocio querido por las partes”, siguiendo una expresión de Ulpiano (*Dig.* 45.1.80).

Ello explica, desde luego, que conforme al art. 4.1 (1) “El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”.²³

Otras normas de gran tradición romanista se encuentran asimismo establecidas en los preceptos 4.2 que se refieren a la “diligencia de un buen padre de familia” (aunque la expresión utilizada en el texto indica literalmente “una persona sensata de la misma condición, colocada en las mismas circunstancias”); 4.5 que alude a la máxima del *favor negotii* (que ya se encuentra en *Dig.* 50.17.67: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas”) y 4.6 que consigna la expresión “*in dubio contra stipulatorem*” (también *Dig.* 50.17.172: “Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”).

11. Conclusiones

Existen, desde luego, mucho más cosas que analizar en los *Principios*. La brevedad de este ensayo no permite su análisis, pero aun con lo poco visto hasta aquí, es fácil darse cuenta que su confección ha involucrado la incorporación de viejos principios de

²³ Sin embargo, esta regla resulta directamente en contra de la previsión legislativa que establece el *UCC* en el § 2-202 que atiende a la máxima *parol evidence rule*:

“§ 2.202. Final Written Expression: Parol or Extrinsic Evidence.- Terms with respect to which the confirmatory memoranda of the parties agree or which are otherwise set forth in a writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement [...]”

La doctrina sajona ha interpretado entonces que, en efecto, debe estrictamente atenderse a la expresión literal empleada: “Interpretation of words and of other manifestations of intent forming an agreement is the ascertainment of the meaning to be given to such words and manifestations” (*Restatement (Second) Contracts*, 226). “It is not primarily the intention of the parties which the court is seeking, but the meaning of the words at the time and place when they were used” (Williston, *Contracts*, 3ª ed. 1957, 613, p. 583).

tradición romanista e instituciones novedosas surgidas al amparo del *common law*. Como punto de partida, en los *Principios* se ha intentado la armonización -tenazmente buscada- de sistemas jurídicos no sólo distintos, sino con frecuencia opuestos.

Es posible advertir de inmediato que en los *Principios* se recurre a expresiones tan familiares como las de *pacta sunt servanda*, cláusula *rebus sic stantibus*, *culpa in contrahendo*, *utile per inutile non vitiatur*, *favor negotii*, *in dubio contra stipulatorum*, *exceptio non adimpleti contractus*, etc., mientras que se utilizan al propio tiempo principios de tradición sajona tan ajenos a nuestra formación jurídica como los que explican el acuerdo final en cláusulas sustancialmente comunes, a través de la doctrina del *knock-out* o, en caso de pluralidad de ofertas y contra-ofertas, remitiendo a la plausible hipótesis de que el acuerdo tuvo lugar conforme al último envío o referencia (doctrina del *last-bang*).

Tampoco aceptamos en forma pacífica la idea de las *merger clauses* como reglas de interpretación o la prenda sin desplazamiento (*collateral immaterial*, UCC § 9-202), aunque reconocemos las conveniencias del cumplimiento preciso de las obligaciones no dinerarias a través de la *specific performance* o la facultad de *replevin*. Aun las instituciones conocidas por nuestro sistema romanista pueden, de hecho, aparecer bajo nombres diversos que provocan desconcierto inicial, como en el caso de las llamadas cláusulas *hardship* que ha consagrado el uso internacional o la explicación doctrinal sajona para la perfección del consentimiento entre no presentes a través de la *mailbox theory*.

Sea como fuere, resulta claro que la redacción y expedición de estos *Principios* representan un hito en la evolución doctrinal de los principios contractuales. Si la doctrina obligacional alcanzó etapas de esplendor con el auge mismo de la civilización romana y si, muchos siglos después, cobró un nuevo vigor en la etapa renacentista de la Europa mediterránea y en el ilustrado frenesí de las codificaciones absolutistas, es posible desde luego anticipar que ahora mismo nos encontramos en una nueva fase de impulso y renovación doctrinal.

En efecto, la libertad de comercio, el auge de la economía, la globalización de los mercados, la política de privatizaciones, el acusado neoliberalismo, la celeridad de las comunicaciones y las transacciones electrónicas, avizoran una nueva época de desarrollo que inevitablemente repercutirá en la evolución de una doctrina ancestral y rancia.

Artículos

La globalización del crimen. Mafias y pandillas

Judith Aguirre Moreno*

RESUMEN: Tanto la Guerra fría como los conflictos entre oriente y occidente dominaron la escena mundial por más de veinte años desde la Segunda Guerra Mundial. Pero desde la caída del muro de Berlín y de la Unión Soviética, han cobrado gran importancia una serie de nuevos temas, que durante los últimos diez años, se han convertido en una de las más grandes preocupaciones de los gobiernos, porque están estrechamente relacionados con el sistema político y económico y con la seguridad nacional. Hablamos del crimen transnacional, el cual solo puede ser vencido a través de la cooperación internacional.

Palabras clave: Globalización, crimen transnacional, mafia, pandillas.

ABSTRACT: *The cold war and the east-west competition had dominated the international scene for more than forty years after World War II. Since the fall of the Berlin Wall and the dissolution of the Soviet Union, a number of new global issues have increased in priority over the past ten years. These issues are now one of the biggest concerns to all the governments in the world, because they are closely connected to the economy and politic system and to the national security. We are talking about the transnational crime. And it needs to be dealt by multilateral cooperation.*

Key words: *Globalization, transnational crime, mafia, gangs.*

SUMARIO: 1.Introducción 2.Delitos transnacionales 3. Las *Mafias* alrededor del mundo 4. Las pandillas más peligrosas 5. Propuestas 5.Conclusiones 6.Bibliografía

1. Introducción

La guerra fría y los conflictos entre Este y Oeste europeos, y entre las ideologías capitalista y comunista, determinaron la escena política, económica y social por más de veinte años. Sin embargo, a partir de la caída del muro de Berlín en 1989 y tras la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en 1991, el mundo se transformo geográfica, económica, política y culturalmente.

* Técnico Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Lo cual ha traído como consecuencia el surgimiento de una serie de nuevas preocupaciones cuya solución ya no depende sólo de la política interior ni de la política exterior de los Estados. Por lo que, la única solución viable es: la cooperación internacional, la que debe estar respaldada por todos los esfuerzos nacionales que cada país sea capaz de llevar a cabo.

En el presente artículo pretendemos abordar una de las grandes preocupaciones que más han transformado al mundo, principalmente durante los últimos diez años, nos referimos al crimen organizado transnacional¹. El cual ha sido fortalecido a través de la utilización de los grandes avances científicos y tecnológicos, a los que la globalización nos ha facilitado el acceso. Estos avances han hecho surgir nuevos delitos, con la característica común de ser todos cometidos por la delincuencia organizada, y el surgimiento de nuevos tipos de organización de la delincuencia organizada², de los cuales abordaremos solamente dos: las mafias y las pandillas. Conoceremos el panorama actual de estas dos manifestaciones de la delincuencia organizada que, junto con los grupos terroristas y los carteles de la droga, están amenazando la estabilidad política, social y económica del mundo.

2. Delitos transnacionales

Los delitos transnacionales que más se han especializado e incrementado son:

El terrorismo internacional se manifiesta mediante la creación de nuevos grupos terroristas, nacionales e internacionales, que ha su vez crean redes internacionales de terrorismo. Estas redes han cambiado los métodos y las formas de operar, y han buscado nuevos objetivos.

Entre las clases de terrorismo actuales más peligrosas encontramos: el terrorismo nuclear, biológico, químico y el cibernético. Para adquirir fondos estos grupos utilizan distintas “estrategias” como el secuestro y el chantaje, principalmente a empresarios, y el capital obtenido les facilita desarrollar sus actividades, además de sus nexos con otras redes de delincuencia organizada.

Pero también se han globalizado:

¹ Por crimen o delincuencia organizada entendemos, según la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada en su artículo 2(a), que es aquella que se comete por un grupo estructurado de tres o mas personas, que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves ó delitos tipificados con arreglo a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico y otro beneficio de orden material. Fuente: ONU

² El delito será de carácter transnacional si:

- a) Se comete en más de un Estado;
- b) Se comete dentro de un sólo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- c) Se comete dentro de un sólo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; ó
- d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado. (Artículo 3) Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Fuente ONU

- El narcotráfico,
- el tráfico de personas³,
- el tráfico y venta de armas convencionales, químicas y nucleares,
- el tráfico de especies en peligro de extinción,
- las redes de robo de secretos y de propiedad intelectual,
- la piratería,
- el lavado de dinero,
- los crímenes contra el mercado bursátil y financieros como el fraude, la evasión de impuestos, la extorsión, el soborno, la compra-venta de secretos, etc.,
- los delitos medioambientales,
- y los delitos cibernéticos, entre otros.

3. Las *Mafias* alrededor del mundo

Estos delitos son cometidos por diversas organizaciones criminales que genéricamente llamamos Mafias.

La palabra Mafia es usualmente utilizada para referirse indiscriminadamente a una gran cantidad de organizaciones de delincuencia organizada. El término tiene su origen en Sicilia, Italia en 1865 y se refiere a un grupo de familias de ese lugar, que comenzaron a acaparar los mercados locales, y que para conservar su poder, desarrollaron una serie de actividades criminales. En Asia estas organizaciones criminales son llamadas Triadas. El término Triada fue utilizado por primera vez, por los ingleses en Hong Kong, quienes se basaron en el símbolo triangular chino que significa “sociedad secreta”, y suele utilizarse tanto para lo que nosotros llamamos mafia, como para lo que conocemos por pandilla.⁴

Recientemente estas asociaciones de delincuentes han diversificado sus actividades, por lo que ahora abarcan, al terrorismo, narcotráfico, secuestro, lavado de dinero, etc. Entre las agrupaciones que han proliferado y/o cobrado fuerza encontramos: como mencionábamos, en Italia la Mafia en Sicilia, que se dedica a todas las actividades antes señaladas, y para desarrollarlas recurre también en ocasiones a sobornos, extorsiones, etc. es decir, su campo de acción es realmente muy amplio. En Italia encontramos también a la Camorra en Cerdeña, que se caracteriza por los secuestros, el tráfico de personas, la trata de blancas, etc. la Camorra se ha extendido principalmente a España, Alemania y Brasil. Y la

³ De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, el tráfico de personas se ha convertido en uno de los delitos que más ganancias generan “Naciones Unidas estima que el tráfico de personas mueve anualmente entre 5 y 7 billones de dólares americanos, y unos cuatro millones de personas se ven desplazadas de un país a otro. [...] Y lo más grave es que “a diferencia del tráfico de drogas y de armas, las penas previstas para el tráfico de seres humanos en muchos países son inferiores.”

⁴ Amezcua Pérez, *El crimen organizado transnacional en el siglo XXI*, Ed. Universitaria, Valencia, 2003. p. 533

Cosa Nostra en Nápoles, que desde los años 60 es la reina de la heroína, la cual distribuyen por todo el mundo, y a su vez, también recurre al cobro del impuesto revolucionario que es un soborno, extorsión o chantaje a los empresarios de la región, quienes tienen que dar esa “contribución” para poder trabajar y conservar su integridad física y la de sus familias. Es también una importante aliada de una de las redes más peligrosas, la *Mafia Turca*.⁵

La *Mafia Turca* es una de las asociaciones delictivas más sangrientas, pero también de las mejor organizadas, principalmente la rama albanesa, ya que algunos de sus integrantes recibieron entrenamiento de la OTAN durante el conflicto de la ex Yugoslavia, su líder es Yasir Avni Musullulu, quien durante un tiempo en la década de los 80, tuvo su residencia en España. Algunos de sus integrantes han formados sus propios grupos bien organizados, ampliamente temidos por ser muy violentos.

La *Mafia Rusa* es un claro ejemplo del crecimiento y fortalecimiento de estas asociaciones delictivas a partir de la caída del muro de Berlín. Si bien tienen su origen en los años 50's, época en la que Vorny y Zakone, los llamados “jefes de la ley” comenzaron a aprovechar las excesivas restricciones que imponía el comunismo para la adquisición de todo tipo de productos [Incluyendo los básicos], que como sabemos estaban racionados y había que hacer largas filas para obtenerlos pero sin tener la posibilidad de escoger el producto deseado, teniendo que aceptar el producto ofrecido; lo cual, favoreció las actividades de los jefes de la ley quienes hicieron grandes negocios comerciando todo tipo de productos en el mercado negro. Posteriormente en la década de los 70's comenzaron a adquirir empresas que tenían actividades clandestinas, contando ya con cadenas de favores entre empresarios, y con redes de seguridad para salvaguardar el buen funcionamiento de sus negocios.⁶

En los 80's, al verse muy debilitadas tanto la estabilidad política como la económica, abrieron la puerta a la gran *Mafia Rusa*, que comenzó a desarrollar todo tipo de actividades delictivas y algunas de las empresas que desarrollaban sus actividades en la clandestinidad, comenzaron a ser legalizadas. Y así poco a poco, los jefes de la ley expandieron sus redes por el mundo.

Dentro de la República Rusa han provocado grandes episodios de violencia. Pero también existen grupos igual de violentos en otras de las ex repúblicas socialistas soviéticas, como en Armenia y Chechenia.

Entre sus actividades encontramos el lavado de dinero, el tráfico de armas, de drogas (heroína y cocaína básicamente), prostitución, pornografía infantil, la trata de blancas, secuestros, contrabando de autos robados, usura, clonación de tarjetas de crédito y débito, tráfico de personas, venta ilegal de sustancias peligrosas, tráfico y comercialización de órganos humanos, falsificación de dinero y delitos cibernéticos. Su crecimiento se ha extendido a los Estados Unidos, Canadá y a varios países de Latinoamérica como México, Colombia y Brasil, además en el Caribe son dueños de instituciones bancarias. En Asia hay

⁵ Idem, p. 322

⁶ Bruce Michael Bagley, *Globalization and Translational organized crime: The Russian Mafia in Latin America and the Caribbean*. Miami, United States of America, 2002, p.p. 33 y sigs.

células que han hecho alianzas con las organizaciones (o Triadas) nacionales, como en Malasia, China, Macao, Corea y Hong Kong entre otras. Se calcula que opera en más de 30 países.⁷

La *Yakusa* Japonesa es la red más importante de trata de blancas, prostitución y pornografía que existe en Japón, ésta red tiene viviendo en condiciones de esclavitud a gran cantidad (cientos) de mujeres Latinoamericanas, que en su mayoría han ido a ese país con engaños.

Esta asociación que también lava dinero, estuvo muy cerca de comprar el principal banco francés. Los japoneses también se han visto envueltos en grandes escándalos por el lavado de dinero, por ejemplo, a través de la compra de obras de arte que permanecen por años en bodegas, o de la compra de exuberantes joyas.

En éste año fue otra la modalidad empleada por los japoneses para el blanqueo de capitales, en esta ocasión lo estaban haciendo a través de los casinos del mundo, y uno de los casos que más llamó la atención de las autoridades ocurrió en los casinos de Las Vegas Nevada, en donde Susumu Kajiyama, un conocido delincuente japonés, llamado también *Emperor of loan sharks*, [Emperador de la usura], fue arrestado tras las sospechas de lavado de dinero que presentó la Oficina de Control del Juego de Nevada, notificando también a la Agencia Nacional de Policía de Japón. Ya que varios operadores de casinos habían detectado acciones sospechosas por parte de Kajiyama y otros de sus compatriotas. Quienes depositaban cantidades aun no determinadas, en diversos bancos del mundo, principalmente en bancos Suizos y desde ellos se cree que movían grandes cantidades de dinero lavado en los casinos.⁸

China, por otra parte, es uno de los países que mas “exporta” delincuencia organizada, los grupos chinos suelen dedicarse al mismo tipo de delitos, uno de los principales es el Fuk Ching, que opera dentro de los Estados Unidos y Canada, se especializa en el tráfico de personas, lo que incluye coerción, secuestro y explotación de diversas clases, incluyendo la sexual.

Tan sólo a los Estados Unidos, se considera que introducen alrededor de 100,000 personas al año, cifras similares se presentan en Moscú, Raigón, Latinoamérica, África y Europa. Otros temidos grupos dedicados al crimen organizado en China son; la Sun Yee, Triad, el Wo Hop, Luen, Big Circle todos en Hong Kong, y con conexiones en varias ciudades de Estado Unidos, en Canada, Australia y en Tailandia. Y el grupo llamado United Bamboo Gang de Taiwan, cuyas operaciones se desarrollan en Estados Unidos⁹.

También hay pequeños grupos en otras regiones de Asia como en Vietnam, Korea del Sur, Tailandia, y Laos. Y grandes organizaciones dedicadas al tráfico y explotación sexual de mujeres y niños, así como a la pornografía infantil, estos grupos operan

⁷ James O. Finckenauer, Conference Report, “Transatlantic Workshop on Human Smuggling,” Georgetown University Press, Washington, DC, June 4-5, 2000

⁸ Nathanson Centre for the Study of Organized Crime and Corruption, York University in Toronto, <http://www.yorku.ca/nathanson/>

⁹ Robert G., White, *Asian Organized Crime: The New International Criminal*. The Little Book Company, Washington D.C., 2004, p.p. 45 a 63

mayormente en Filipinas, Malasia y Singapur. Estas organizaciones tienen conexión con organizaciones criminales de todo el mundo.

En África y Oceanía la delincuencia organizada sigue siendo más un problema local que regional o mundial, sin embargo, es evidente el incremento y fortalecimiento de organizaciones que trafican con personas, principalmente en África del Norte, y las grandes organizaciones locales y extranjeras que trafican drogas. Estos grupos tienen sus contactos en varios países europeos, principalmente en España.

4. Las pandillas más peligrosas

El término pandilla (gang), es usado para otro tipo de organizaciones criminales, que tienen ciertas características en común, como: estar integradas mayormente por jóvenes, que van desde doce a los 40 años. Su estructura es jerárquica. El nombre de la pandilla siempre tiene un significado más o menos oculto. Usan el mismo tipo de ropa, colores y estilo de peinado que los identifica a con pandilla. Pasan mucho tiempo reunidos. De acuerdo a su jerarquía dentro de la pandilla tienen acceso a mayor o menos información sobre las actividades de la misma.

Crean en la lealtad y la unidad de la pandilla, pero las dejan a un lado cuando su propia seguridad esta en peligro¹⁰. Portan insignias y/o tatuajes alusivos a la pandilla, tener un lenguaje oral y forma de caminar y comunes. Portan armas blancas o de fuego para su propia protección. Hacen alarde de pertenecer a esa pandilla, y utilizan el graffiti para determinar su territorio o amenazar.

Usualmente entre el cinco y el diez por ciento de sus integrantes han estado en Consejos Tutelares o en la cárcel- Hacen un compromiso formal con la pandilla al ingresar, generalmente mediante un ritual preestablecido¹¹. En el caso de las mujeres, son seriamente discriminadas desde su entrada a la pandilla ya que realizan un ritual mucho más severo que el de los hombres, además de que difícilmente llegarán a escalar jerárquicamente en la pandilla.

Los pandilleros llevan a cabo, individual y colectivamente, actos delictivos que van desde vandalismo, asesinatos, violaciones, asaltos, robos, etc. hasta la comisión de delitos transnacionales como el terrorismo, extorsión, secuestro, en pocos casos tráfico de personas, robo y venta ilegal de autos, posesión, tráfico y venta de drogas. Para desarrollar estas actividades, tienen nexos con otras pandillas o con otro tipo de organizaciones delictivas.

En Europa encontramos diversas pandillas, entre las más peligrosas se encuentran los hooligans, quienes principalmente se destacan por ejercer la violencia extrema en partidos de futbol, y recientemente en otros eventos deportivos. La EUROPOL y las

¹⁰ Esta situación es frecuente principalmente entre los miembros de menor jerarquía

¹¹ Tratándose de los hombres, estos se someten a diversas pruebas que van desde esfuerzos físicos, la comisión de delitos o las golpizas colectivas, y las mujeres aparte de eso son violadas colectivamente en varias ocasiones. Cfr. Raymond C. Hood, *Gangs in the United States and Latin America*, College Press, New York, 2004, p.p. 98 y 99

policías nacionales reportan que el movimiento hooligan esta en aumento, a pesar de los fuertes dispositivos policíacos en los estadios y sus alrededores.

Por otra parte, resulta innegable los nexos estrechos entre los hooligans y los grupos fascistas y neonazis como los Holocaust Denial, los Combat 18 (fanáticos del Wallsend), Headhunters (fanáticos del Chelsea), los Gremlins (fanáticos del Newcastle), los Seaburn Casuals (fanáticos del Sunderland) o los Fascism and the Far Righ. Todas ellas, pandillas aterrizan a las minorías étnicas, así como a homosexuales e incluso a personas con discapacidades físicas, que viven en diversos países europeos.¹²

Otros nombres que amenazan la seguridad europea son los skinheads, boneheads, Kristallnacht, outlaw motorcycles, [estas últimas, pandillas motorizadas] operan en los países nórdicos. Son pandillas son igualmente violentas que las antes mencionadas, y también se les relaciona con actos racistas, aunque en diversos medios han aclarado que los “verdaderos miembros” de estos grupos, no realizan actividades racistas; y que se trata simplemente de actitudes de rebeldía contra un sistema que les parece injusto.¹³

Sin embargo, se han descubierto nexos de estos grupos con el narcotráfico y el terrorismo, así como con grades redes dedicadas al fraude y contrabando.

En América entre las pandillas mas temidas se encuentran: la Mara Salvatrucha, los Folk Nation, el Rukns, Almighty Latin King Nation, los Peckwoods, 18st Gang, los Netas, los Bloods Black Gangsters Disciples, los Nazi Low Riders, los Southeast Asian Gang, los Black P-Stones, los Vice Lords Peolpes Nation, Aryan Brotherhood, la Black Guerrilla Family, los Crips, los Norteños; Nuestra Familia, también conocida como Nuestra Raza, Mexican Mafia y los Fresno Bulldogs entre otras.

Para conocer un poco sobre las pandillas en América, escogimos a la que más a extendido sus redes y que más terror está causando en el Continente: la Mara Salvatrucha.

Esta peligrosa pandilla, que es también conocida como MS-13 nace como resultado de la guerra civil que se desarrolló en El Salvador en los años 80's. Esta guerra provocó por una parte el desplazamiento de miles de personas, muchas de ellas se fueron como refugiados a los Estados Unidos, y también trajo como consecuencia la creación de diversos grupos rebeldes en El Salvador. La Mara Salvatrucha es producto de ambos movimientos, ya que varios de sus primeros integrantes formaron parte de organizaciones como el Frente de Liberación Nacional Farabundo Martí. [Por lo cual, recibieron entrenamiento paramilitar.] Y el resto de sus integrantes son parte de los refugiados salvadoreños en Estados Unidos.¹⁴

Actualmente sus integrantes oscilan entre los doce y cuarenta años, y cuenta con miembros de Guatemala, Ecuador, México, Honduras y latinos residentes en los Estados Unidos. La pandilla se encuentra realizando actividades delictivas en Centroamérica,

¹² Europol . <http://www.europol.net>

¹³ Henry Todd Shields, *The trasnational crime in Europe*, Willkinson Press, Washington, 2004, p.p. 28 a 30

¹⁴ Pedro González Martínez, *Las pandillas más peligrosas de América. La Mara Salvatrucha*, Ed. Atenas, San Salvador, El Salvador, 2004, p.p. 77 y siguientes.

México, Estados Unidos y Canadá. Entre estas se encuentra el tráfico de armas de fuego, y de personas, la exportación de autos robados hacia Centro y Sudamérica, y la distribución de drogas en el Continente.

5. Consecuencias

El aumento de las organizaciones, su alcance mundial a través de redes criminales y su especialización, tiene diversas consecuencias para los estados, principalmente:

a) Económicas. El crimen organizado es la mayor amenaza para los mercados financieros porque los factores “riesgo y confianza” vuelven inestables los mercados, ya que si hay más riesgo menos inversión habrá, y a menos confianza también provoca menos inversión.

También se presenta otra problemática, ya que a través de delitos como el lavado de dinero y el fraude fiscal, los Estados pierden grandes cantidades de ingresos, lo cual puede inclusive llevarlos a contraer más deudas.

b) Políticas

El crimen organizado transnacional, puede provocar graves daños en las estructuras políticas del Estado, principalmente si se trata de democracias jóvenes o de países con muy poco desarrollo político. Ya que al igual que en la economía, crean un clima de incertidumbre, inestabilidad y debilidad en los sistemas políticos que llega a provocar que se tenga la impresión de que estos grupos son más fuertes que los propios gobiernos, lo que puede llevar a un estado de ingobernabilidad. Ejemplo de estas situaciones las tenemos en Rusia, en Colombia y en países africanos.

c) Sociales

La delincuencia organizada puede llegar a corromperlo todo, ya que al corromperse la economía y la estructura del Estado, existe el riesgo de que se cree una cultura o una subcultura en la que debido a la pérdida de valores, esta situación se convierta en algo no solo tolerado, sino absolutamente aceptado.

6. Propuestas

Son muchas las acciones que deben llevar a cabo los gobiernos para combatir de forma eficaz el problema de la delincuencia organizada, sin embargo sólo mencionaremos algunas áreas estratégicas que necesitan transformarse o reforzarse, en primer término y como base de todo cambio social que quiera lograrse, está la educación, la enseñanza de los valores éticos.

La transparencia y la rendición de cuentas en los sectores público y privado.

El combate a los paraísos fiscales.

La capacitación especializada de los cuerpos policíacos y de seguridad.

Los Estados deben hacer las modificaciones necesarias para sancionar todas estas conductas, para que las penas sean adecuadas a la gravedad del delito y principalmente para que la administración de justicia funcione correctamente.

La cooperación internacional, entre organismos de inteligencia, e instituciones bancarias y financieras.

Y, el combate a la corrupción pública y privada, así como la de los organismos internacionales, que es el común denominador que permite y extiende la comisión de estos delitos.

7. Conclusiones

Los gobiernos deben estar concientes de que la delincuencia trasnacional no puede ser combatida de manera eficaz por una sola nación, ni siquiera a través de mecanismos bilaterales o regionales, lo que implica necesariamente que la cooperación internacional es absolutamente necesaria.

Los esfuerzos nacionales e internacionales no han sido pocos. Se han creado organizaciones nacionales e internacionales dedicadas a la prevención y persecución de estos delitos.

Se han firmado una serie de tratados bilaterales, regionales y multilaterales de cooperación y que dan lineamientos comunes que deben ser adoptados por los Estados.

Y la mayoría de los Estados ha comenzado a implementar interiormente las medidas que se recomiendan en los tratados que han firmado.

Sin embargo, queda mucho por hacer para acabar con la delincuencia trasnacional organizada.

Bibliografía

- AMEZCUA PÉREZ, *El crimen organizado trasnacional en el siglo XXI*, Ed. Universitaria, Valencia, 2003
- BAGLEY, Bruce Michael, *Globalization and Transnational organized crime: The Russian Mafia in Latin America and the Caribbean*. Miami, United States of America, 2002
- FINCKENAUER, James O., Conference Report, "Transatlantic Workshop on Human Smuggling," Georgetown University Press, Washington, DC, June 4-5, 2000.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Pedro, *Las pandillas más peligrosas de América. La Mara Salvatrucha*, Ed. Atenas, San Salvador, El Salvador, 2004
- HOOD, Raymond C., *Gangs in the United States and Latin America*, College Press, New York, 2004
- SHIELDS, Henry Todd, *The transnational crime in Europe*, Willkinson Press, Washington, 2004
- WHITE, Robert G., *Asian Organized Crime: The New International Criminal*. The Little Book Company, Washington D.C., 2004

World Wide Webs

- Annual Reports on Organized Crime in Canada, 2004, <http://www.cisc.gc.ca>
- EUROPOL. <http://www.europol.net>
- Nathanson Centre for the Study of Organized Crime and Corruption, York University in Toronto, <http://www.yorku.ca/nathanson/>
- Organización de las Naciones Unidas <http://www.un.org>

Legislación de los pueblos indígenas: necesidad de compilarla y difundirla^{**}

Dr. José Lorenzo Álvarez Montero^{*}

<p>RESUMEN: En este ensayo el autor sostiene que existe un desconocimiento sobre la legislación vigente acerca de los pueblos indígenas, por lo que es necesario compilar los tratados, las normas constitucionales y legales sobre esta materia y contribuir así a su difusión en nuestro país.</p> <p>Palabras claves: legislación de los pueblos indígenas</p>	<p><i>ABSTRACT : In this essay, the author sustains that there isn't any knowledge about the legislation in indian populations, therefore, it is necessary to compile the treaties, constitutional and legal norms on this matter and contribute like that to its broadcast in our country</i></p> <p>Key words: Indian population's legislation</p>
---	--

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reflexiones. 2.1. Trasunto histórico. 3. Ámbito internacional. 4. Regulación constitucional. 5. Convenios internacionales ratificados por México. 6. Mensaje. 7. Conclusiones y propuestas. Bibliografía

1. Introducción

Largo y dilatado ha sido el camino que me trajo a tratar, debo confesarlo, breve y formalmente, uno de los aspectos de la compleja problemática indígena en México, consistente en el desconocimiento de la legislación correspondiente.

Para fundar mi hipótesis en el sentido de que la legislación indígena es desconocida, entendiéndolo por conocimiento no solo tener idea de los tratados, las disposiciones constitucionales y legales referentes a los pueblos indígenas, sino haber leído, analizado y debatido el contenido correspondiente, he aplicado el cuestionario que inmediatamente se indica, cuyos resultados parciales también se presentan.

^{**} Conferencia impartida en la Unidad de Servicios Bibliotecarios de la Universidad Veracruzana por invitación de la Unidad de Apoyo Académico para estudiantes indígenas (UNAPEI)

^{*} Doctor en Filosofía con Especialidad en Educación por Atlantic International University; Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Almería, España; Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

Cuestionario aplicado a un universo de 200 personas

1. ¿Conoces lo que dispone el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos? ☐ SI ☐ NO
2. Si contestaste afirmativamente señala parte de su contenido
3. ¿Conoces el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo?
☐ SI ☐ NO
4. Si contestaste afirmativamente indica parte de su contenido
5. ¿Conoces el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo?
☐ SI ☐ NO
6. Si contestaste afirmativamente señala parte de su contenido
7. Si contestaste que conoces ambos convenios, puedes señalar alguna diferencia?
8. ¿Conoces la Ley de la Comisión Nacional para el desarrollo de los pueblos Indígena? ☐ SI ☐ NO
9. Si contestaste afirmativamente señala parte de su contenido
10. ¿Qué dispone la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave respecto a los pueblos indígenas?
11. Alguna opinión que desees manifestar?

Tabla de resultados:

1.-	R =	SI	7
		NO	193
3.-	R=	SI	5
		NO	195
5.-	R=	SI	6
		NO	194
8.-	R=	SI	0
		NO	200

Resultado global = SI 18
 NO 782

Aunque considero que corresponde a los integrantes de los pueblos indígenas por conducto de sus propios procedimientos manifestar sus inquietudes, problemáticas y posibles soluciones, sin embargo, la unión de esfuerzos y propósitos por aproximarnos a una solución, bien justifica nuestra participación, entre otras formas, a través del presente ensayo.

Más aún cuando tratándose de nuestra revista, que está a disposición de los cientos de jóvenes universitarios pertenecientes a los pueblos indígenas, quienes tendrán, en el futuro, la oportunidad de construir una patria para todos.

Debo aclarar que las reflexiones contenidas en esta colaboración surgieron con motivo de la conferencia que impartí en la USBI a invitación de la Unidad de Apoyo Académico para estudiantes indígenas (unapei).

2. Reflexiones

2.1. Trasunto histórico

El descubrimiento del nuevo mundo y la Conquista de México trajo como consecuencia la destrucción de la cultura de los pueblos indígenas, así como el despojo de la propiedad inmueble de los pueblos indígenas y su apropiación por parte de los Reyes Españoles, quienes posteriormente por medio de mercedes y otras ordenanzas y principios la distribuyeron entre sus servidores insulares.

La tesis de Juan Ginés de Sepúlveda que consideraba a los indígenas una raza inferior, la contradictoria postura de Francisco de Victoria, las Bulas papales de Alejandro VI de mayo de 1493 y el Derecho de Gentes de ese tiempo que reconocía el derecho de conquista, justificaron la ocupación y despojo de la propiedad y la cultura indígena por parte de los hispanos.

De este modo, durante la Colonia se inició en forma sistemática, el proceso de concentración de la propiedad formando los latifundios laicos y eclesiásticos a causa de las encomiendas, las mercedes de tierras, adjudicaciones, confirmaciones, composiciones, compraventas, remates y usurpaciones.

La usurpación y despojo fue tal, que los reyes españoles expidieron leyes, cédulas y órdenes para limitarlos, como ley para la distribución y arreglo de la propiedad de 1513, Cédula Real de 1533, Ley V, título VII. Libro IV de 15 de abril de 1541, Leyes de Indias respecto de las Reducciones y Pueblos de Indios, ley XVIII, título XII de la Recopilación de leyes de Indias, entre otras.

Sin embargo, estas disposiciones no fueron cumplidas y el proceso de despojo continuó. Por ello, los insurgentes mexicanos, desde el inicio del movimiento de independencia mostraron su preocupación, expidiendo diversas disposiciones como los decretos de diciembre de 1810, por los que el Cura Miguel Hidalgo y Costilla ordena la devolución de las tierras comunales a los naturales y suprime la esclavitud y el Bando de Morelos de marzo de 1813 por el que ordena la restitución de las tierras a las comunidades indígenas.

La independencia de México no trajo ningún cambio importante en la vida social y económica de los indígenas y en consecuencia la riqueza y la propiedad siguió concentrada en ciertas familias y castas privilegiadas, incrementando su fortuna por las circunstancias propias del momento. La iglesia para entonces había aumentado su propiedad inmobiliaria, gracias al diezmo, las primicias, capellanías, patronatos y donaciones.

Sin embargo, fue conformándose en el país, en un grupo de destacados mexicanos la conciencia de distribuir la riqueza ilícitamente acumulada por el clero. Así, en 1822 se expide la primera orden para ocupar bienes destinados a obras pías en el extranjero, y para las Misiones de Filipinas; en 1823 se ordena la venta de bienes raíces de la extinta inquisición, entre otras importantes medidas.

Debe destacarse la figura señera del doctor José María Luis Mora que concibió y sostuvo, no sólo la separación del Estado y la Iglesia sino el sometimiento de ésta al Poder Civil. Igualmente es necesario destacar la figura de Don Miguel Lerdo de Tejada ilustre liberal, que debido a su concepción y exigencia, se expidieron, primero la ley de desamortización en 1856, por el Presidente de la República Ignacio Comonfort y en 1859, la de nacionalización de los bienes del Clero, durante la presidencia de Don Benito Juárez. Desafortunadamente ambas leyes no lograron su objetivo, ya que la iglesia pudo burlar sus nobles disposiciones.

Durante los debates del Congreso Constituyente de 1856-57, manifestaron su preocupación sobre el problema de la propiedad y el despojo de los pueblos indígenas y campesino las excelsas voces de Ponciano Arriaga, Isidoro Favera y José María Castillo Velasco.

Deben señalarse, entre muchos otros, los siguientes documentos que se ocuparon de la problemática indígena en nuestro país:

1. El artículo de Francisco Zarco, publicado en El Demócrata, en el que habla sobre la situación en que viven los indígenas, los derechos que tienen pero no utilizan y la importancia que se debía dar a atender sus necesidades, 23 de marzo de 1850:

Hasta ahora los indios no han gozado de derechos políticos, ni han encontrado ventaja en ninguno de los sistemas por los que hemos pasado. Ellos son los que cultivan la tierra; sin ellos no fuera productiva nuestra agricultura; ellos abastecen de provisiones a las ciudades todas; y su trabajo,

estéril para ellos, sirve para aumentar la fortuna de los propietarios. Sufriendo exacciones para mantener una sociedad de que no reciben beneficios; alimentando con el fruto de su trabajo a párrocos ignorantes como ellos, y que exigen para si un culto absurdo e impío; arrancados de su hogar para servir con fuerza en el ejercito; llevados a la muerte para defender al resto de la sociedad y, cuando mutilados en la guerra, mendigando un pedazo de pan en las ciudades; tal es, sin exageración, la suerte de la raza indígena, fatal para ella, contraria a la civilización, la democracia y el cristianismo y perjudicial, en fin, para la República...

2. El Ensayo de Francisco Pimentel sobre los males que sufre el país a causa de la condición de los indios, el cual fue publicado durante el segundo imperio y ejerció notable influencia durante la republica restaurada:

“Mientras que los naturales guarden el estado que hoy tienen, México no puede aspirar al rango de *nación, propiamente dicha.*”

3. La Opinión que Ignacio Ramírez expresó en la sesión del congreso constituyente, donde expuso el problema que representaban las lenguas indígenas que no les permitían comunicarse con el resto del país y su posible solución. Sesión del 7 de julio de 1856:

Encerrado en su choza y en su idioma, el indígena no (se) comunicaba con las de otras tribus ni con la raza mixta sino por medio de la lengua castellana. Y en esta, ¿a que se reducen sus conocimientos? A las formulas estériles para el pensamiento de un mezquino trato mercantil y a las odiosas expresiones que se cruzan entre los magnates y su servidumbre. ¿Queréis formar una división territorial estable con los elementos que posee la Nación? Elevad a los indígenas a la esfera de ciudadanos, dadles una intervención en los negocios públicos, pero comenzad dividiéndolos por idioma; de otro modo, no distribuirá vuestra soberanía sino dos millones de hombres libres y seis de esclavos.

4. El artículo de Juan M. Mirafuentes donde expone conceptos en torno a la propiedad de la tierra:

Al apoderarse los españoles de la rica y bella tierra de México, privaron a los pueblos que la cubrían, de sus bienes y de su libertad, justificando sus rapiñas y su despotismo con el bárbaro derecho de conquista.

No contentos los españoles con arrancar su propiedad a los vencidos, los consideraron como bestias destinados a los más groseros trabajos. En consecuencia, los indios fueron destinados a las ocupaciones más penosas y humildes, en provecho de los conquistadores, que recogían los frutos de la tierra fecundada por el sudor de sus legítimos dueños.

Los españoles se dividieron el territorio de México según el capricho de su ambición, única ley que obedecían, dejando a los indios como una limosna, terrenos poco valiosos que desdeñó su codicia.

5. En similar sentido se expresaron González y González, Cosío Villegas, Monroy, Francisco Zarco, Ignacio Ramírez, Francisco Pimentel, Jose María Castillo Velasco, José Díaz Covarrubias, Manuel Payno, Carlos de Gager, Juan M. Mirafuentes y José Maria Vigil.

Tratando de resolver el problema de la propiedad para quienes carecían de ella, el Gobierno de Juárez expidió en 1863 la ley de terrenos baldíos; el Presidente Sebastián

Lerdo de Tejada expide el decreto de 1873 y Díaz las Leyes Generales de colonización de 1883 y, de baldíos de 1894, sin que ninguna de las mismas lograran su objetivo, por el contrario y, en especial las dos últimas, se utilizaron para consolidar el régimen de latifundio y servidumbre en el medio rural.

El proceso histórico de usurpación brevemente reseñado tuvo como consecuencia un orden de enormes desigualdades económicas, sociales y políticas, cuyas máximas concreciones fueron el régimen de servidumbre del peón, con salario ínfimos, cárceles particulares, tiendas de raya y analfabetismo. Contra este sistema se levantó la revolución Mexicana de 1910 y 1913, siendo fruto de estas experiencias, el original del artículo 27 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, cuyo contenido debe analizarse a la luz de este proceso *histórico* y juzgarse por su noble contenido humano y de Justicia social.

El contenido del citado artículo 27 Constitucional recogió varias de las proclamas sustentadas en el Manifiesto del Partido Liberal a la nación Mexicana de 1906, el Plan de San Luis Potosí de 1910, el Plan de Texcoco y, el Plan de Ayala de 1911, el Plan Orozquista de 1912, las adiciones al Plan de Guadalupe de 1914, la Ley Agraria de 1915, la Ley Agraria Villista de 1915 y la Ley Agraria de la Convención de 1915 y que se completo, en su primera etapa, con las reformas constitucionales de 1934.

El artículo 27 constitucional se ocupó del problema del despojo y tenencia de la tierra y dio contenido y forma al Derecho Agrario Mexicano, que durante sus casi 75 años de vigencia, intentó hacer una distribución equitativa de la riqueza nacional. Consignando, por primera vez en el mundo, los derechos sociales de los campesinos, dándole a la propiedad la función social que realmente tiene. Asimismo, estableció la intervención directa del Estado para restituirles la propiedad a los indígenas y campesinos de la que habían sido despojados, o dotarlos si carecían de la misma, utilizando como principales medios la expropiación y el fraccionamiento de los latifundios.

3. Ámbito internacional

La Organización Internacional del Trabajo elaboró el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y triviales (1957) que se ocupó de los aspectos de la discriminación de los indígenas en el ámbito laboral. Limitado en sus percepciones sobre los indígenas, fue sustituido por el Convenio 169, sobre pueblos indígenas y triviales (1989), cuyo contenido a continuación se describe:

Partes del Convenio 169 (son las mismas que el Convenio 107).

1.	I. Política general ("Disposiciones generales", en el Convenio 107).
2.	II. Tierras (igual que en el Convenio 107).
3.	III. Contratación y condiciones de empleo (igual que en el convenio 107).

4.	IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales (las dos últimas integraban la parte siguiente).
5.	V. Seguridad social y salud (en el Convenio 107 se decía seguridad social y medidas de asistencia". La parte VII, de "Sanidad" se incorporó aquí).
6.	VI. Educación y medios de comunicación (en el Convenio 107 la parte VIII de " Educación", y la IX de " Idiomas y otros medios de información", se integraron aquí).
7.	VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras (en el Convenio 107 correspondía a la parte X de "Grupos tribales de zonas fronterizas").
8.	VIII. Administración (igual que en el Convenio 107).
9.	IX. Disposiciones generales (no consta en el Convenio 107).
10.	X. Disposiciones finales (tampoco consta en el Convenio 107)

Ratificado por el Estado mexicano éste quedó obligado a determinar la naturaleza y el alcance de las medidas necesarias para dar efecto al Convenio con flexibilidad y tomando en cuenta las condiciones del país. En consecuencia, tuvo que establecer las medidas conducentes a reconocer y aplicar el derecho que apoye el desarrollo con dignidad y justicia de los pueblos indígenas.

4. Regulación constitucional

De este modo, el 28 de enero de 1992, se publicó en el Diario Oficial la adición de un primer párrafo al artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconociendo la composición pluricultural de la nación mexicana, dejando a la ley la protección y promoción del desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas de organización social, así como el acceso a la jurisdicción.

Lo limitado de la disposición y las inconformidades de las organizaciones indígenas produjeron la derogación de este párrafo y su traslado al artículo 2 de la propia Constitución (D.O del 14 de agosto 2001) que aún ampliando la regulación no ha satisfecho las demandas de los pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 5 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, incorporó la composición pluricultural y multiétnica de la entidad en los siguientes términos:

El Estado tiene una composición pluricultural y **multiétnica** sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley promoverá y protegerá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, recursos y formas específicas de organización social; y garantizará a sus integrantes el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que establezca la ley.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación dentro del marco constitucional. La expresión concreta de ésta es la autonomía de las comunidades indígenas en los términos establecidos por la ley.

El uso y disfrute colectivo de los recursos naturales por las comunidades indígenas se realizará de acuerdo con las formas y modalidades de propiedad previstas por la Constitución Federal.

El Estado y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, reconocerán el derecho de las comunidades indígenas a promover su desarrollo equitativo y sustentable; y a una educación laica, obligatoria, **bilingüe** y pluricultural. Asimismo, en los términos previstos por la ley, impulsarán el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la entidad y combatirán toda forma de discriminación”

La insatisfacción de los pueblos indígenas con la regulación constitucional citada, se funda en el hecho de que el derecho a la libre determinación incluye el respeto al desarrollo de los pueblos indígenas en los ámbitos que a continuación se listan y que no están comprendidos en la Constitución.

1.	1) Respeto a su integridad cultural (artículo 1o.).
2.	2) Respeto a sus derechos individuales y colectivos: salud, educación, empleo, vivienda (artículo 2o.b, 3o.b,c., 8o.)
3.	3) Respeto a su participación en las consultas del Estado sobre los pueblos indígenas (artículo 6o.), en materia de salud, educación, desarrollo, medio ambiente y territorios (artículo 7o.).
4.	4) Respeto a su organización política (artículo 8o.).
5.	5) Respeto a su derecho consuetudinario (artículo 8o.).
6.	6) Respeto a su organización jurisdiccional (artículo 8o.).
7.	7) Respeto a sus derechos territoriales, tierras, recursos naturales (artículos 13-19).
8.	8) Respeto a su derecho a ser diferentes, y en consecuencia a no ser discriminados en el trabajo (artículo 20), en los servicios de salud (artículo 24).
9.	9) Respeto a sus modos de formación y producción (artículos 21 - 23).
10.	10) Respeto a su medicina tradicional (artículo 25).
11.	11) Respeto a su educación bilingüe e intercultural (artículos 26-31).
12.	12) Respeto a su integridad cultural más allá de las fronteras nacionales (artículo 32).

5. Convenios internacionales ratificados por México

- Convenio 29 ratificado el 12 de mayo de 1934, publicado en el Diario Oficial del 10 de agosto de 1935.
- Convenio 107 ratificado el 1 de junio de 1959, publicado en el Diario Oficial del 7 de julio de 1960.
- Convenio 110 ratificado el 20 de junio de 1960, publicado en el Diario Oficial del 14 de septiembre de 1960.
- Convenio 111 ratificado el 11 de septiembre de 1961, publicado en el Diario Oficial del 3 enero de 1961.
- Convenio 141 ratificado el 28 de junio de 1978, y publicado en el Diario Oficial del 4 de diciembre de 1978

- Convenio que nos ocupa, el 169, ratificado el 5 de septiembre de 1990, publicada su aprobación en el Diario Oficial del 3 de agosto y su ratificación y promulgación el 24 de enero de 1991.

6. Mensaje:

En un régimen individualista y consumista como el nuestro, la indiferencia y desatención hacia el otro, hacia los demás, es común y cotidiano.

No compartimos su dolor ni su necesidad porque lo consideramos ajeno, es la otredad de lo que no nos afecta.

Por ello, debo confesar públicamente, por medio del presente ensayo, que después de haberme asomado, de dirigir una mirada, de haber rozado mi epidermis y mi espíritu con la problemática indígena, ya no podré volver a mirar de la misma manera a los indígenas que en las esquinas nos ofrecen sus productos, a los niños, a los ancianos, a los hombres y a las mujeres a quienes les hemos negado su derecho a vivir en su propia patria.

7. Conclusiones y propuestas

Conclusiones

1. Las disposiciones jurídicas vigentes relativas a los pueblos indígenas, no han sido suficientemente difundidas y por lo mismo no son conocidas por la mayoría de la población mexicana y en particular de los veracruzanos
2. Analizadas las citadas disposiciones resultan incompletas e insatisfactorias para los pueblos indígenas.
3. En atención a la conclusión anterior, resulta necesario diseñar un procedimiento que impulse la construcción de un orden jurídico propio de un estado multi o plurinacional
4. A pesar de estar vigente y ser incompletas las indicadas normas no son aplicadas por las autoridades competentes.

Propuestas

1. Compendiar las disposiciones jurídicas vigentes (Constitución, Tratados, convenios, protocolos, etc, internacionales, leyes federales y estatales, acuerdos, programas), analizarlos y difundirlos por medio de publicaciones, conferencias, mesas de discusión y otras acciones colectivas, a fin de que sean conocidas y respetadas.
2. Crear en cada Estado y región una mesa de análisis para la elaboración de las disposiciones jurídicas multinacionales integradas igualitariamente por representantes de las naciones indígenas existentes en dichas entidades o regiones y posteriormente integrar en documento con todas las propuestas formuladas con el propósito de elaborar las iniciativas de reformas constitucionales y legales.

3. Presentar al Congreso de la Unión, a los Congresos locales o legislaturas, y a los cabildos correspondientes las disposiciones jurídicas vigentes y exigir su cumplimiento.
4. Declarar el próximo 12 de octubre “día de los pueblos indígenas “ y no día de la raza o día de la hispanidad como ahora se le denomina.

Bibliografía

ACUERDO que el gobierno federal y el EZLN enviarán a las instancias de debate y decisión nacional", "Propuestas conjuntas que el gobierno federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, correspondientes al punto 1.4 de las reglas de procedimiento" y "Compromisos para Chiapas del Gobierno del Estado y Federal y el EZLN, correspondientes al punto 1.3 de las reglas de procedimiento", emanados de la primera parte de la Plenaria Resolutiva correspondiente al tema de Derechos y Cultura Indígena

ACUERDOS de San Andrés Larráinzar.

CHACÓN Hernández, David y otros, *Efectos de las reformas al agro y los derechos de los pueblos indios en México*, Biblioteca de Ciencias Sociales y humanidades, editorial Azcapotzalco, México, 1995.

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (actualizada 2 de agosto 2004).

DECRETO de reformas a los artículos 4o., 18, 26, 53, 73, 115 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

FALCÓN, Romana, "Las naciones de una república, la cuestión indígena en las leyes y el Congreso mexicanos, 1867-1876", *Enciclopedia parlamentaria de México*, Vol. 1, tomo 1, Serie V, México, 1999.

GONZÁLEZ Galván, Jorge Alberto, *Panorama del Derecho Mexicano, derecho indígena*, UNAM, McGraw-Hill, México, 1997.

INICIATIVA de Reformas Constitucionales en Materia de Derechos y Cultura Indígena que presenta el Ejecutivo Federal al Congreso mexicano.

INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica mexicana*, Porrúa, UNAM, tomo IX, México, 2002.

LEY para el Diálogo, la Conciliación y la paz digna en Chiapas.

MELGAR Adalid, Mario y otros, *La rebelión en Chiapas y el derecho*, UNAM., México, 1994.

ORDÓÑEZ Cifuentes, José Emilio Rolando, *Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT*, IX Jornadas lascasianas, UNAM, 2000.

PRONUNCIAMIENTO conjunto que el Gobierno Federal y el EZLN enviarán a las instancias de debate y decisión nacional.

SILVIA Adaya, Juan Carlos, *Control de la constitucionalidad y elecciones indígenas*, brevariarios jurídicos, Porrúa, México, 2004.

TRIBUNAL Estatal Electoral, *Ley de Derechos de los pueblos y comunidades indígenas*, Oaxaca, Oaxaca, México, 2000.

URIAS Horcasitas, Beatriz, *Indígena y criminal, interpretaciones del derecho y la antropología en México, 1871-1921*, Universidad Iberoamericana, Departamento de historia, México, 2000.

El derecho penal en la globalización: un problema para la investigación jurídica

Rebeca Elizabeth Contreras López*

RESUMEN: Recientemente, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología aprobó un proyecto de investigación que tiene por objeto analizar las transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización. El proyecto plantea un problema muy amplio relativo a ¿Cuáles son las transformaciones jurídicas que ha originado la globalización del derecho? y se busca la respuesta en áreas diversas de la ciencia jurídica. El grupo de investigación está formado por investigadores, docentes y alumnos de la Universidad Veracruzana. En este artículo, la autora nos muestra una visión contextual del punto de partida de este proyecto, en el área del derecho penal y la política criminal.

Palabras Clave: Derecho penal. Política criminal. Derecho y globalización.

ABSTRACT: Recently, the Science and Technology National Council approved a research which purpose is the legal transformation in the globalization context. This project focuses on a very wide problem: Which are the legal transformations that have started the globalization of law. The answer is looked for in diverse areas of the legal science. The research group is conformed by researchers, professors and students of the Universidad Veracruzana. The author of this article shows us a visual context of the starting point of this project, in the criminal law and criminal policy.

Keywords: criminal law, criminal policy, law and globalization.

SUMARIO: Introducción, 1. Contexto, 2. Justificación, 3. Delimitación conceptual, 4. Metodología, reflexión final, fuentes.

* Investigadora nacional. Profesora de derecho penal en la Universidad Veracruzana y en la Universidad de Xalapa. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Introducción:

El proyecto a que me refiero en este ensayo es ambicioso y propone el análisis de un problema complejo y diverso referido a ¿Cuáles son las transformaciones jurídicas que ha originado la globalización del derecho? Se busca la respuesta en áreas diversas de la ciencia jurídica. Ello originó la conformación de grupos de trabajo en diferentes áreas: Derecho civil, Derecho laboral, Derecho económico y de la competencia, Derecho constitucional y derechos humanos y Derecho penal.

En el grupo de derecho penal asumimos la necesidad de indagar, en el contexto de la globalización, de una manera conjunta aspectos que consideramos sustanciales dentro del *Derecho penal y la política criminal*. Y es que, en este contexto, partimos de la concepción misma del Derecho como una ciencia transdisciplinar y compleja que no puede ser analizada exclusivamente en el ámbito dogmático, se requiere, entre otras cosas, el referente político de su formulación y posterior aplicación.

En este sentido, además de la necesidad de analizar el fenómeno mismo de la globalización y sus implicaciones jurídicas, asumimos también como trasfondo teórico de este proyecto la concepción neofinalista del derecho penal formulada, entre otros, por Claus Roxin¹, Silva Sánchez² y, el aspecto extremo, que introduce Günther Jakobs, también tratado por Silva y Gracia Martín³, relativo al derecho penal del enemigo.

El objetivo de este artículo es acercarnos al planteamiento de un problema de investigación que nos permita indagar sobre las transformaciones (si las hubiere) de la ciencia del derecho penal en ámbitos específicos de análisis. Como primer acercamiento, podrán perdonar entonces las imprecisiones en que pueda incurrir.

1. Contexto:

Cualquier investigación debe partir de la precisión de un contexto. En este caso, trataré de acercarme al proceso mismo de la globalización, reconociendo de antemano las

¹ Ver la obra de Claus Roxin, *Derecho penal (parte general)*, T. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trs. de la 2ª ed., alemana: Luzón Peña, Díaz y García, Remesal. Civitas, Madrid, 1997, 1071 p.

² Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal (aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales)*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, 167 p.

³ Cfr. Günther Jakobs, *Derecho penal (parte general). Fundamentos y teoría de la imputación*, tr. Cuello Contreras y Serrano González, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, 1113 p. y *Estudios de Derecho penal*, tr. Peñaranda, Civitas, Madrid, 1997, 480 p. Además, Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Presentado por Bernd Schünemann, tirant lo blanch, Valencia, 2003, 219 p.

limitaciones de tiempo y espacio a que me enfrente, pero tratando de dar un punto de partida que me permita *mapear* el espacio de reflexión.

En el proyecto general planteamos una visión amplia que percibe la globalización como un fenómeno de homogeneización que rebasa los límites económicos y destruye las fronteras conocidas de la comunidad internacional, creando una comunidad mundial⁴. Partimos de que el derecho no escapa al fenómeno global con lo que es posible hablar de la “globalización del derecho”, que puede entenderse (preliminarmente) como “...el proceso que conduce a la uniformidad y, en última instancia, a la unificación del derecho en todo el mundo”⁵. Este proceso es una manifestación de los constantes esfuerzos que a través de la historia se han realizado para debilitar la dispersión normativa y así crear sistemas organizados e identificables.

A consecuencia de esa dispersión surgen rupturas institucionales en las estructuras jurídicas y políticas internas respecto de las internacionales, tales como las siguientes: internacionalización de la economía, descentralización del aparato estatal, internacionalización del Estado, eliminación de la territorialidad, reorganización del espacio de la producción, fragmentación de las actividades productivas y, expansión de un derecho paralelo al de los Estados.

En mi opinión, para contextualizar históricamente este proceso, podemos partir de la modernidad occidental como un largo proceso de evolución histórica con sucesos dinámicos y acelerados de modernización⁶. Que va desde:

a) *Alta modernidad posmedieval entre los siglos XV a XVI* (Se sientan bases filosóficas y condiciones histórico – sociales del mundo racional y secularizado)

b) *Baja modernidad desde los siglos XVIII a XIX* (se concretiza y se difunde la Revolución Industrial, junto con los discursos filosóficos, políticos y jurídicos de la Ilustración que sustentan el Estado – Nación).

Para Ávila Ortiz, a partir del último cuarto del siglo XX (1975), encontramos el umbral de la llamada *condición postmoderna*, que coincide con la situación actual del mundo global y que nos remite a interesantes reflexiones respecto a la configuración misma del derecho. Podría afirmar que en el período de la baja modernidad occidental existe una crisis importante en órdenes diversos que provoca múltiples cambios en los diversos sistemas, pero que en el fondo no niega los valores de la *modernidad ilustrada*, los cuales pueden actualizarse y convertirse sociológica y jurídicamente en la *democracia cultural de filiación liberal*.

⁴ Ver a Octavio Ianni, *La sociedad global*, 1ª Edición, Editorial Argentina Buenos Aires 1998.

⁵ Sergio López Ayllón, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, p. 69.

⁶ Raúl Ávila Ortiz, *El Derecho cultural en México. Una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*. Coordinación de Humanidades, Universidad Autónoma de México, Colección Las ciencias sociales, 2ª década, Miguel A. Porrúa, 2000, México, p. 19, Nota 9.

A partir de ello se van conformando diversos sistemas, el que ahora nos interesa es el sistema internacional, con subsistemas nacionales y regionales en sus niveles institucional, organizacional e individual. En el ámbito del derecho penal y los derechos humanos ellos es muy representativo con la Corte Penal Internacional (CPI) y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

En México, encontramos un proceso histórico de modernización, aún inacabado, que pasa por fases diversas y que se va recogiendo, primero en el texto constitucional y, posteriormente, en las legislaciones secundarias. Así, de 1925 a la fecha, identificamos tres momentos de la modernización: primero, una modernización industrial en la industria eléctrica y del petróleo; segundo, la modernización microelectrónica y, tercero, la modernización del conocimiento⁷. Hay que señalar también que, en nuestro caso, este proceso ha sido generalmente un proceso subordinado a las condiciones exteriores de país.

Aunque no podemos asimilar modernización con globalización, sí me parece que debemos partir de este contexto para iniciar el análisis de lo que puede significar el proceso de globalización en el derecho penal.

La consecuencia inmediata del proceso de modernización en México fue ampliar y, al mismo tiempo, limitar las opciones estratégicas del país en su inserción a la economía mundial y al sistema interestatal, alterando instituciones de todo tipo, desde culturales y sociales, hasta políticas y económicas. Permeando la regulación jurídica de cada una de ellas⁸.

Surge así, el reto más importante de nuestro país, aún no resuelto: consolidar un estado nación que logre una inserción transnacional suficiente hacia el exterior pero que requiere, con urgencia, un ajuste estructural en el interior, que nos permita constituir un *estado-región* en el que se equilibre la soberanía interna con un orden jurídico fuerte y, a la vez flexible, que posibilite la competencia global y nos coloque como protagonistas de la jerarquía normativa global.

En el ámbito del derecho penal el reto no es menor cuando, a partir de los diversos momentos de la modernización, surgen nuevas formas de criminalidad que ponen de manifiesto la inoperancia de las leyes internas y de los procesos cerrados que abren espacios dramáticos de impunidad e ineficiencia.

Entre ellas, sólo por mencionar algunas formas de criminalidad trasnacional, encontramos la criminalidad trasnacional operada por medios electrónicos, los crímenes contra bienes jurídicos universales o la delincuencia organizada en ámbitos diversos que van desde el narcotráfico, el tráfico de indocumentados, la trata de personas o, el terrorismo (que no todos aceptan sea una forma de criminalidad organizada⁹), que nos plantea retos importantes para el derecho penal y la política criminal.

⁷ Idem.

⁸ Ibídem, p. 20.

⁹ Ver el artículo de Álvaro Búnster, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, "La delincuencia organizada ante el derecho", UNAM, Año XXIX, No. 87, Septiembre-Diciembre, México, 1996, pp. 757-769.

2. Justificación:

Por qué es importante abordar esta investigación. Me parece que la respuesta es simple, porque así son las cosas. El mundo global está aquí y quienes nos interesamos por la explicación sistemática de un pedazo de la realidad no podemos cerrar los ojos a la misma. La globalización es un fenómeno universal que surge como eminentemente económico pero que, a partir de los años noventas, va cobrando diversas dimensiones como son: económica, política, social, cultural, jurídica, entre otras.

El referente inmediato de la globalización es un mercado abierto, sin fronteras, impulsado por una economía neoliberal que no tiene territorio, ni bandera. Ello ha originado consecuencias de índole diversa, entre las que podemos apuntar: 1. La ruptura de los estados nación y una nueva forma de entender la soberanía. 2. La apertura de fronteras, no sólo para la mercadería, sino también para las personas. 3. La necesidad de acuerdos multilaterales para atender problemas diversos entre los países. 4. La necesidad de adecuar las legislaciones internas a las reglas internacionales, universalmente aceptadas.

En este contexto aparece un fenómeno criminal, también globalizado, que aprovecha el cambio de reglas en el nuevo orden mundial para buscar la impunidad y se vuelve cada vez más grave en la medida en que no existen instrumentos adecuados para combatirlo. Como ya lo señalé, entre las formas de criminalidad globalizada encontramos el narcotráfico, el lavado de dinero; el tráfico de personas, en sus modalidades de indocumentados, trata de blancas, venta y explotación de menores; contrabando, piratería, tráfico de órganos, etc. Que además de ser formas de criminalidad trasnacional (que rebasan las fronteras), se manifiestan como formas organizadas de criminalidad. Aunque, paradójicamente, esa necesidad de tonar más eficientes los mecanismos de persecución y control llevan también a una relativización de las garantías penales que, nuevamente, nos colocan ante un derecho penal máximo y, en muchas ocasiones, autoritario.

Aunado a ello, encontramos una preocupación global por enfrentar las formas más graves de criminalidad, tanto en los fenómenos de crimen organizado, como en crímenes de guerra o contra la humanidad; ya que se busca proteger bienes jurídicos fundamentales pero además los mecanismos convencionales son insuficientes para su combate y represión¹⁰.

En este sentido, me parece que no sólo se transforman los mecanismos de control y persecución, sino que se van perfilando mutaciones sustanciales en los paradigmas tradicionales de la ciencia dogmática penal, ya que con los modelos tradicionales no es posible, muchas veces, ni siquiera comprender la magnitud de los fenómenos criminales globalizados, mucho menos su tratamiento y solución.

¹⁰ Al respecto: Rebeca Elizabeth Contreras López, *La Justicia penal supranacional, (El establecimiento de la Corte penal internacional)*, misma que se encuentra en proceso de publicación en la Universidad de Xalapa, Xalapa, Ver., 2004.

Por tanto, resulta relevante ocuparse primero de cambios paradigmáticos en los conceptos jurídicos fundamentales de la ciencia jurídica penal para después precisar sus implicaciones concretas en las legislaciones penales internacionales e internas¹¹.

3. Delimitación Conceptual:

GLOBALIZACIÓN. Primero se debe precisar qué se entiende por globalización y sus diferencias, si existen, con mundialización e internacionalización.

Provisionalmente diré que la globalización tiene una implicación económica que, con mucho, se ha visto rebasada y que algunos distinguen de la mundialización y la internacionalización. La primera, relativa a un proceso de ilustración artística y cultural y, la segunda, relacionada directamente a las instituciones políticas y jurídicas.

En el proyecto colectivo nos ubicamos formalmente en el siglo XX, con la intención de examinar el proceso de globalización en su relación con el derecho, a partir de los años ochenta y determinar así las posibles transformaciones que presente. Uno de los sucesos que se relacionan directamente con el inicio de esta etapa de globalización, lo constituye la caída del muro de Berlín que simboliza un giro en los protagonistas y en el escenario mundial, con lo que se modifica la concepción misma del Estado. No se pasa por alto que la globalización no sólo significa interdependencia económica sino también la transformación del tiempo y el espacio cotidianos, a lo cual está estrechamente vinculada la extensión de la tecnología informática y la revolución de las comunicaciones¹². La globalización surge como un fenómeno eminentemente económico, que presenta las siguientes características: globalización de la economía, incremento del comercio internacional y la gradual eliminación de barreras, incorporación de nuevas tecnologías y movilidad de capitales e inversión¹³.

TRANSFORMACIONES JURÍDICAS: Que he configurado como cambios paradigmáticos sustanciales. Me parece que sus características mínimas deben ser:

- a. Se trata de un cambio de paradigma o modelo conceptual.
- b. La categoría conceptual seleccionada debe ser sustancial para el análisis dogmático penal.
- c. Si el concepto cambia, la explicación de las demás categorías jurídicas sufre algún impacto.

¹¹ Sugerimos revisar la obra intitulada *La persona jurídica a la luz del derecho penal. Un estudio de la responsabilidad penal colectiva*. De Rebeca Elizabeth Contreras López, Universidad de Xalapa. Xalapa, Ver., 2000, 169 p.

¹² Anthony Giddens, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Editorial Tauros, México, Abril del 2000, p. 43.

¹³ Jorge Witker Velásquez, *Introducción al derecho económico*, 5ª ed., Editorial Mc Graw Hill, México, Septiembre 2002, pp. 42-43.

- d. Ese cambio conceptual da lugar a consecuencias diversas que tienen en común la incapacidad de las categorías tradicionales para su explicación.

CATEGORÍAS DE ANÁLISIS: La hipótesis propuesta es que sí existe una transformación paradigmática en ciertas categorías jurídicas del derecho penal, a raíz de la globalización. El objetivo será determinar y delimitar alguna de ellas para analizar en qué ha consistido esa transformación.

Los elementos de juicio que se utilizan y que he desarrollado en diversas investigaciones, que a la fecha me han permitido consolidar mi línea de investigación acerca del *poder punitivo del Estado*, son los siguientes:

- a. En el ámbito de lo que se ha denominado derecho penal económico, con un contexto eminentemente internacional, aparece la *persona jurídica colectiva* como posible sujeto activo y con responsabilidad penal en el hecho delictivo, susceptible también de recibir sanciones penales¹⁴.
- b. En el ámbito internacional, la responsabilidad es generalmente de los estados, pero en lo relativo a la responsabilidad penal internacional se han generado instancias diversas para que el *sujeto individual* responda penalmente ante instancias internacionales que es lo que sucede con el Estatuto de Roma de la Corte penal internacional.
- c. En diferentes sentidos, la *humanidad* se considera como sujeto pasivo titular de bienes jurídicos penalmente tutelados. Lo que nos lleva a plantear la existencia misma de *bienes jurídicos universales* penalmente tutelados¹⁵.
- d. Se plantea la existencia de un derecho penal de diversas velocidades que establece un régimen especial para los *enemigos* que, en todo caso, tienen un estatuto diferente al de los ciudadanos sometidos al *ius puniendi* estatal que es lo que ocurre en temas como el narcotráfico y el terrorismo, por ejemplo¹⁶.

Llego así, como una afirmación preliminar, a que efectivamente la globalización ha propiciado cambios paradigmáticos en conceptos fundamentales de la ciencia jurídico penal. Los objetivos de la investigación serán, por un lado, analizar las transformaciones

¹⁴ Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, cfr. Rebeca Elizabeth Contreras López, op. cit. y Rebeca Elizabeth Contreras López, "Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica", *Letras Jurídicas*, Año 4, No. 7, Enero-Junio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., 2003, pp. 99-114.

¹⁵ Sobre el bien jurídico, cfr. Raúl González-Salas Campos, *La Teoría del bien jurídico en el Derecho penal*. Pereznieto Editores, México, 1995, 152 p.

¹⁶ Rebeca Elizabeth Contreras López, "¿Existe un derecho penal del enemigo?", *Letras Jurídicas*, Año 4, No. 8, Julio-Diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., 2003, pp. 167-181.

paradigmáticas del derecho penal, tanto interno como internacional, originada por la globalización. Además de:

- a. Precisar las condiciones y características de la globalización en su dimensión jurídica penal.
- b. Delimitar las formas y características de la denominada criminalidad trasnacional.
- c. Analizar la teoría general del derecho penal nacional e internacional.
- d. Precisar las consecuencias, para la ciencia jurídico penal, de dichas transformaciones.

4. Metodología:

En un problema de investigación de esta magnitud ¿cuál es la metodología apropiada? Confieso que se cuál es la metodología que no se puede utilizar y es la relativa al tradicional análisis dogmático del derecho o la interpretación exegética de la ley. Por la complejidad misma del planteamiento es necesario trabajar con diferentes alternativas de análisis que permitan interrelacionar las variables seleccionadas en el marco contextual ya señalado y en donde sea posible comparar los modelos *anteriores* con las *nuevas* configuraciones de categorías jurídicas o político criminales elegidas. Porque, como ya lo precise, la vinculación entre derecho penal y política criminal será ineludible en esta investigación.

De forma tal que la respuesta a esta pregunta se irá desentrañando en el curso mismo de la investigación que, en este momento, se encuentra en un comienzo exploratorio del tema elegido.

Reflexión Final:

El inicio de cualquier investigación es un momento excitante para cualquier investigador. Más aun cuando se trata de una investigación colectiva en donde la responsabilidad se vive con muchos otros, pero donde asimismo tenemos la posibilidad de compartir y debatir ideas, puntos de vista, desacuerdos. En este sentido, he querido plasmar este principio como una forma de expresar mi entusiasmo por este reto al que nos enfrentamos amigos y colaboradores interesados por el desarrollo de la ciencia jurídica en el estado de Veracruz.

El primer acercamiento al problema de investigación lo he señalado y, me parece, que el trasfondo del que parto es evidente. Todo lo demás lo iremos conociendo con las diversas publicaciones, foros y discusiones que en el proyecto CONACYT “Transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización” iremos dando a conocer en los próximos dos años.

Bibliografía

- ÁVILA ORTIZ, Raúl, *El Derecho cultural en México. Una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*. Coordinación de Humanidades, Universidad Autónoma de México, Colección Las ciencias sociales, 2ª década, Miguel A. Porrúa, México, 2000, 490 p.
- BÚNSTER, Álvaro, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, “La delincuencia organizada ante el derecho”, UNAM, Año XXIX, No. 87, Septiembre-Diciembre, México, 1996, pp. 757-769.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *La persona jurídica a la luz del derecho penal, (un estudio de la responsabilidad penal colectiva)*, Universidad de Xalapa, 2000, 169 p.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *Letras Jurídicas*, “Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica”, Año 4, No. 7, Enero-Junio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2003, pp. 99-114.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *Letras Jurídicas*, “¿Existe un derecho penal del enemigo?”, Año 4, No. 8, Julio-Diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2003, pp. 167-181.
- GIDDENS, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Taurus, México, abril de 2000, 198 p.
- GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *La Teoría del bien jurídico en el Derecho penal*. Pereznieto Editores, México, 1995, 152 p.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Presentación por Bernd Schünemann, tirant lo blanch, Valencia, 2003, 219 p.

- HOFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, tr. Rafael Sevilla, Gedisa, Barcelona, 2000, 284 p.
- IANNI, Octavio, *La sociedad global*, siglo XXI, México, 2002.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal (parte general). Fundamentos y teoría de la imputación*, tr. Cuello Contreras y Serrano González, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, 1113 p.
- JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, tr. Peñaranda, Civitas, Madrid, 1997, 480 p.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, 1997, 470 p.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal (parte general), T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trs. 2ª edición alemana: Luzón Peña, Díaz y García, Remesal. Civitas, Madrid, 1997, 1071 p.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal (aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales)*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, 167 p.
- WITKER, Velásquez, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 5ª Edición, Mc Graw Hill, México, 2002.

Víctimas de la violencia

Ana Gamboa de Trejo*

RESUMEN: Transitar por el estudio de la victimología, nos obliga a indagar sobre los resortes que mueven al hombre o la mujer para descargar al interior del seno familiar, su violencia en contra sus semejantes. Privándolos de la vida, lesionándolos física y psicológicamente, mermando su seguridad y tranquilidad. Acciones que contribuyen de manera acelerada a la desintegración familiar.

Palabras claves: Familia, victimología, violencia.

ABSTRACT: *To wander through the study of victimology, makes us inquire about the springs that move men or women to commit violence against their peers inside their families. Taking their lives, hurting them physically or psychologically, upsetting their security and tranquillity. Actions that contribute in an accelerated way to family disintegration.*

Key words: Family, victimology, violence.

SUMARIO: Introducción. 1. Familias convulsionadas. 2. Víctimas y victimarios. 3. El derecho acepta a sus víctimas. 3.1. La violencia familiar en cifras. 4. Conclusión.

Introducción

Actualmente la victimología ha cobrado relevancia debido a que cada día son más notorios los actos violentos en contra de personas inocentes. Si bien es cierto, han sido los medios masivos de comunicación quienes se han encargado de difundir dentro de la sociedad esa sensación de impotencia y desprotección ante un sinnúmero de actos que dañan al ser humano y a las instituciones. El terror de ver como ejecutan ante los ojos de millones de televidentes a un prisionero cercenándole la cabeza, la hambruna que sufren niños y mujeres del continente africano y, de manera próxima, el abandono y maltrato de niños producto de padres por error o las notas de jóvenes adolescentes que deciden quitarse la vida. Todo ello haría pensar que en la sociedad en la que vivimos sólo prevalece la indiferencia por la vida, por la salud y por la seguridad. Bienes jurídicos tutelados por el derecho y violentados reiteradamente por el hombre. Decidimos en este trabajo transitar

* Doctora en Derecho. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

dentro de lo que es la victimología, la violencia, y las ideas que han surgido dentro del derecho con la finalidad de contrarrestar este problema social.

1. Familias convulsionadas

Creemos que la principal víctima de la violencia es la familia. De ella surgen hombres y mujeres que convierten esta institución en un campo de batalla sin tregua. Pudiera decirse que son sus miembros los que la corrompen y destruyen, y que sobre ellos recae directamente la responsabilidad de su aniquilamiento y por consecuencia tendrían que ser castigados por el derecho, puesto que es el propio derecho quien protege esta institución y trata de salvarla de su extinción. A pesar de ello, vemos como paulatinamente la familia se convierte en un ente sin importancia. Aun cuando en códigos y libros especializados se lea:

Artículo 254 BIS.-Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto contarán con la asistencia y protección de las instituciones legales constituidas.¹

La ley es clara y precisa. Pero el juzgador sólo espera ajustar el hecho a la norma. Cuando uno de los miembros no se amolda a lo que dice el derecho, nos encontramos ante la hipótesis del trastorno al interior de la familia. Vemos que efectivamente el legislador pensó en la protección de quienes la integran, recomendando evitar cualquier acto violento². Sin embargo, sólo se acude al derecho cuando éste es trasgredido y no en su papel previsor, tal es el caso del siguiente artículo:

254 TER.- Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se entiende el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.³

Todos los mandatos dados por el derecho relacionados con la familia fueron emitidos después de su creación. Al ser una unidad natural por tener el hombre y la mujer necesidad de convivir y procrear además de velar ambos por los hijos que dependan de ellos, fue necesario legislar para proteger a quienes la conformaban. Cada época le ha dado un toque cultural diferente a la familia. Hoy vemos que está convulsionada. Sus integrantes son enemigos. Y no es privativo este actuar de la clase baja, por reunir en ella factores que hicieran pensar con mayor riesgos de vulneración. La violencia irrumpe en todas las clases sociales. Es por ello que hay que hacer un alto para sopesar el peligro de su extinción.

¹ Código Civil del Estado de Veracruz, p. 111

² Véase, Título VII, Delitos contra la Familia, Capítulo I, Violencia familiar, en el Código Penal del Estado de Veracruz.

³ *Ibidem*, p. 112

La familia nuclear constituida como ya sabemos por el matrimonio y los hijos dependientes, con interese en común, decididos todos a luchar por el bienestar de todos, difícilmente este modelo se ajusta a la actualidad. Como medida apremiante para su integración, necesita estar alimentada por una serie de factores que permitan mantenerla en ese nivel. Porque actualmente nos encontramos frente a otra realidad: la de la familia posmoderna. La cual es producto de:

La emigración urbana, la industrialización y el consumismo, el trabajo extradoméstico de los miembros de la familia, los métodos anticonceptivos, etc., han determinado un cambio en la consistencia y en los valores de la familia, al que corresponde una mudanza en la legislación, con leyes permisivas, como la del divorcio, la equiparación entre la prole matrimonial y extramatrimonial, o la despenalización del adulterio o del aborto, etc. Normas que representan una verdadera relajación en la superestructura jurídica de la institución familiar; en el mejor de los casos un abandono de la familia por parte de la ley; abandono a su íntima virtualidad y vigencia, a su fuerza interna de cohesión, a la abnegación y sentido de responsabilidad de sus miembros.⁴

Como en otros rubros la realidad ha rebasado al derecho. Vemos como no ha sido posible mantener la institución de la familia como un día se pensó⁵. Su transformación obedece a necesidades económicas y, a la adquisición por parte de sus miembros de culturas ajenas a la idiosincrasia del país de origen, las cuales penetran y se enquistan en su interior. Es por ello que hoy tenemos comportamientos familiares totalmente desajustados al modelo pensado originalmente por el legislador. De estos tipos de familias modernas se deducen infinidad de conductas que escapan al control y prevención del derecho.

Al respecto el doctor Roberto Tocavén nos muestra una clasificación: *Familia sobretrabajada*, es la que atiende principalmente los satisfactores materiales; este tipo de familia la encontramos en la clase media, donde ambos padres trabajan largas jornadas, doble turno y horas extras, lo cual da lugar a que el hogar sólo se convierta en un hogar-dormitorio, carente de convivencia e interés familiar. A este tipo de familia también se le ha llamado de fin de semana. Cuando todos los miembros logran reunirse. Pero que indiscutiblemente no tienen ningún punto de acercamiento. Ninguno de sus miembros muestra interés por los demás. La *familia hipermemotiva*, es la que los padres escenifican grandes reyertas, aderezadas de insultos mutuos y en donde los hijos también participan. La *familia intelectual* es la familia en la cual los padres atienden más a sus intereses personales que a sus hijos desde el punto de vista afectivo. La *familia ignorante* es la que carece de conocimiento y por consecuencia no encuentra la forma de educar a sus hijos. Atiende a su sobre vivencia. Generalmente dentro de estas familias las cuales carecen de recursos económicos algunos de sus miembros logran sobresalir con mucho esfuerzo⁶,

⁴ *Diccionario Jurídico Espasa*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1993, p. 413

⁵ "...en todo tiempo ha sido y es la familia, como se ha dicho tantas veces, la verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social, no sólo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino además porque es en su seno donde se forma y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita, para mantenerse saludable y próspera la comunidad política." José Castán Tobeñas, citado por Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Libros de México, México 1962, p. 206

⁶ Roberto Tocavén, *Elementos de criminología infanto-juvenil*, Edicol, México 1979, p. 98.

significándose como sus salvadores . Dentro de este tipo de familia surge una clasificación más, a la que por nuestra propia cuenta hemos denominado *familia marginal*. Son las familias que se asientan en las grandes ciudades, emigran del campo a la ciudad. Uno de los problemas que sufre es la incapacidad que muestra para adaptarse a las costumbres urbanas. Sus integrantes sólo alimentan el deseo de obtener satisfactores materiales. Por consecuencia, su interés gravita en torno al dinero. En estos grupos de familias como podemos observar, existen intereses personales de quienes las conforman. No podemos hablar del núcleo que alimenta a la sociedad porque en su interior no existe cohesión entre ellos. De tal manera que en estas familias conviven las víctimas con sus victimarios. Pero también los expulsa y son ellos – sus miembros-, los que se encargan también de convertir en víctima a la sociedad.

2.- Víctimas y victimarios

La victimología Elías Neuman la define de la siguiente manera: “Es para la victimología, diríase clásica, el ser humano que padece daño en los bienes jurídicamente protegidos: vida, salud, propiedad, honor, honestidad, etc., por el hecho de otro e, incluso, por accidentes debido a factores humanos, mecánicos o naturales, como ocurre en los accidentes de trabajo”.⁷ Aún cuando su espectro es muy amplio generalmente se le identifica con el derecho penal, cuando se habla de víctimas de delitos. Sin embargo, sabemos que el derecho penal se ve rebasado por los hechos sociales que lastiman y provocan inseguridad. “No es posible continuar con la idea de la víctima ‘codificada’ como contrapartida de la actividad del criminal, también codificada. Menos aún como único objeto de estudio de la victimología”.⁸

Por nuestra cuenta iniciamos un estudio en donde la victimología cobra vigencia en el sentido del sometimiento victimario que los miembros de una familia hacen de la propia institución. Propiciando con ello que la sociedad se vea gravemente afectada. Creemos que el mal principal está ahí, dentro, en las familias. En como han pasado de la familia tradicional cuidada y atendida por el Estado a ser una familia en total abandono. Podrían ser los miembros de estas familias aquellos de los que habla Neuman: “Hay muy serios y concretos victimarios que pululan en la sociedad y que por múltiples motivos no han sido ni serán, al parecer aprehendidos. Tienen las mejores y mayores posibilidades de evasión de la ley. Forman parte de lo que se denominan delincuentes innominados, y sus ilicitudes, delitos no ‘convencionales’. Escapan por esa razón a la investigación de la criminología tradicional o clásica. Sin embargo sus víctimas son tangibles”⁹

Si bien es cierto que de estos victimarios se ocupa el derecho penal sólo cuando haya sido denunciada la agresión. Cuando se toma esta decisión, es porque antes, han ocurrido un sinnúmero de atracos en donde sus miembros se convierten en doble víctima:

⁷ Elías Neuman, *Victimología*, Cárdenas Editor, México 1992, p. 25

⁸ *Ibidem*, p. 26

⁹ *Idem*.

porque han sufrido la agresión y porque experimentan el temor y el miedo a ser nuevamente violentados. Esto hace que se decidan a solicitar ayuda cuando la institución se encuentra en su última etapa de victimización. Cuando los golpes, las heridas y el daño psicológico es irreversible. Es en esta fase terminal en donde aparece el derecho de castigar.

3.- El derecho acepta a sus víctimas

La ley penal advierte en su Título VII los Delitos contra la Familia. Es decir, es el propio legislador quien al observar el entorno social, percibe que la célula principal de la sociedad se encuentra en estado de indefensión. Los ataques que van en su contra ocurren en su interior, y son quienes la componen los encargados de provocar su descomposición. El congresista sabe que hay violencia, abandono, incumplimiento, sustracción de alguno de sus miembros, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia, matrimonios ilegales e incesto; así lo asienta en el código. Olvidó el maltrato, la prostitución y el abandono de los niños y las niñas. Es decir, se sabe que en muchos hogares hay violencia, mucha violencia, la cual es permisible¹⁰.

La violencia que se desata al interior de la familia concluye en una larga lista de crímenes. Los hogares rotos producto de gritos, golpes, injurias y dolor, son el panorama cotidiano en muchos espacios. Los débiles: ancianos, menores y mujeres, son las víctimas de quien detenta la fuerza y en donde la desigualdad hace que se de un sometimiento producto del miedo a la agresión.

Si bien es cierto que el derecho tomó en sus manos a la familia como objeto de tutela:

Sobre ello, no hay ninguna duda. Pero no como objetividad jurídica mirada desde la perspectiva de los derechos de los cónyuges que resultaban lesionados por el restante (matrimonios ilegales), ni los derechos de la prole a conservar su identidad y estado civil, ni a través de las ofensas causadas a los deberes y derechos de los padres sobre los hijos como ocurría en la sustracción de menores. El objeto de las infracciones reunidas o agrupadas bajo la expresión '*incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*', pretende sólo un determinado y único aspecto, tal cual es la subsistencia material de quienes componen y estructuran un núcleo familiar que resulta lesionado...la idea de familia no es sólo la que se puede inferir a través de las personas de los cónyuges, hijos, colaterales y eventualmente afines, que como tales se hallan emparentados entre sí...un concepto análogo de familia, o si se quiere más amplio, resultan comprendidas relaciones que encuentran su base en instituciones jurídicas, que sustituyen a la familia de origen o familia biológica. En este aspecto, no sólo los padres e hijos forman una familia, sino que aun sin mediar parentesco, es posible que una familia pueda hallarse constituida por los tutores y pupilos, por los curadores e incapaces, e incluso por el guardador y el guardado.¹¹

¹⁰ "Se entiende como expresiones de la permisibilidad conductas insolentes o indecentes, particularmente de la gente joven, lo que no le impide tolerar o practicar lo mismo entre ellos donde además la corrupción profesional abunda...Respecto a la criminalidad juvenil es frecuente hablar de situaciones conflictiva en la familia, del hogar deshecho, de problemas psicológicos familiares, frustraciones de la misma índole, etc., en todo lo cual la cuestión de la permisibilidad está latente. Manuel López Rey y Arrojo, *Opresión, violencia y permisibilidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 32-33.

¹¹ Justo Laje Anaya, *Delitos contra la familia*, Advocatus, Córdoba, Argentina 1997, p. 189.

Tomando en cuenta lo anterior, se puede inferir, que al no estar compuesta la familia sólo por el padre la madre y los hijos como tradicionalmente se conoce, sino por otros integrantes, existe la probabilidad de un mayor número de lesionados, como es el caso de los tutores, curadores o guardadores que en ausencia de los padres ejercen esta función los abuelos, hermanos o medios hermanos.¹²

3.1 La violencia familiar en cifras

En un comunicado del director del Sistema Estatal del Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Veracruz, podemos darnos cuenta de la magnitud en cuanto a los porcentajes tan altos de la violencia intrafamiliar¹³:

12 mil niños explotados	= 98 %
Violencia por alcohol	= 90 %
Días perdidos	= 5.40 %
Denuncias	= 40%

Por otra parte la licenciada Ivonne Platas Azpilcueta, agente especializada en Delitos contra la familia y Menores de Edad, admitió que “el maltrato físico y psicológico que enfrentan los menores de edad, víctimas de la vulnerabilidad por su edad y situación económica por parte de sus progenitores son casos que con frecuencia se presentan ante la agencia... sin precisar el número de violaciones manifestó que incluso hay violaciones como el ni siquiera otorgarles alimentos a los menores...también los que son golpeados, quemados, torturados porque no obedecen .”¹⁴

A los datos anteriores habrá que agregar otros más: “Académicos, legisladores, funcionarios y representantes de la sociedad civil, señalaron que de los 40 millones de menores de 18 años que habitan en México, más de 7 millones de ellos viven en circunstancias de vulnerabilidad...Prueba de ello, dijeron, es la explotación laboral y sexual, abuso, maltrato, abandono, desprotección jurídica, vida en las calles, orfandad, violencia familiar y el SIDA, lo que representa un desafío para la sociedad mexicana.”¹⁵

El desafío es para el Estado que ha dejado perder la verdadera esencia de la familia. El cuidado y protección inscritos en la ley se convirtió en mera función declarativa, en un discurso desfasado de la realidad, ésta que estremece y desalienta, ante la mirada desviada de la justicia.

En este apartado mostraremos diversos casos de niños sujetos a maltrato:

¹² “En el Centro Estatal de Atención a Víctimas del Delito, en los últimos diez meses han sido atendidas 3,294 personas víctimas del maltrato infantil, violencia intrafamiliar y abuso sexual,” Marta Meza, “Sin freno la violencia intrafamiliar” *Diario de Xalapa*, 25 de noviembre de 2000, Xalapa, Ver., México.

¹³ Reyna León Méndez “Combatirán adicciones y violencia intrafamiliar”, *Diario de Xalapa*, 17 de marzo de 2003

¹⁴ Violeta Pacheco García, “Prosigue el maltrato físico a menores de edad”, *Diario de Xalapa*, 13 de junio de 2002

¹⁵ “Tiene México 7 millones de niños vulnerables”, *Diario AZ Veracruz*, 5 de junio de 2004.

Delia. Tres meses de edad. La madre la llevó apresuradamente al hospital cuando no se despertó después de dormir un rato durante el día. La niña había muerto; se dictaminó que la muerte se debió a fractura de cráneo, contusiones y hemorragia. La madre dijo que estaba cambiándola de pañales cuando se le cayó accidentalmente. Después la puso en su cuna y pensó que estaba bien.

Juan. Un año de edad. Desatendido momentáneamente rodó todo un tramo de escaleras. Murió de herida en la cabeza y desangrado intrabdominal.

Juanita. Nueve años de edad. Caída de una ventana. El examen médico demostró que había sido estrangulada antes de la caída.

Tomás. Tres y medio años de edad. Murió quemado a incendiarse la casa. Todos los demás niños se salvaron; los padres completamente ebrios, dijeron que habían dejado a sus hijos 'sólo 18 horas' cuando sucedió el incendio.

Sandra. Cinco años de edad. Quemaduras de segundo y tercer grado en las manos. La madre dijo que el padre de la niña la castigó por ser desobediente, castigo que consistió en hacerle poner las manos sobre el hornillo de la lumbre.¹⁶

4. Conclusión

Mujeres, niños, ancianos, quienes forman parte de tantas familias que existen en México, muchas de ellas insertas en la problemática que hemos tratado de describir, en donde la violencia ocupa el primer lugar. Espacio en donde se libran grandes batallas cuyas víctimas han sido combatidas con las armas del desprecio y la agresión. Habrá que preguntar ¿Qué es lo que mueve al hombre o a la mujer para destruir a su padre, a su madre o a sus hijos? No alcanzamos a dilucidar cual sería la respuesta. Porque cualquiera que fuera sería para acercar una excusa. Y ante la destrucción de un semejante no hay excusa alguna que se admita.

Los riesgos de la pérdida de convivir pacíficamente al interior de muchas familias parecen ser demasiado altos. Sin lugar a duda, que el derecho se ha visto opacado ante la paralización que ha sufrido, en el sentido de sólo atender de manera dogmática el mandato jurídico. Interesa ajustar el hecho a la norma. Pero esto sería afrontar la parte final del problema, cuando se denuncia el maltrato, el abandono o la muerte. No es esa únicamente la función del derecho. Dentro de la norma se advierte también el deseo del legislador de prevenir cualquier trastorno social¹⁷, y ello conlleva la tarea de trabajar arduamente en torno a preservar las instituciones, cómo es el caso de la familia. La cual está en riesgo de ser desintegrada, paradójicamente por sus propios miembros. Ante la mirada indolente del Estado.

¹⁶ Véase a Vincent Fonatana, *En defensa del niño maltratado*, Editorial Pax-México, 1979.

¹⁷ Cfr. Ley Número 104 de Asistencia y Prevención de la violencia intrafamiliar en el Estado de Veracruz.

Bibliografía

Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1993.

FONTANA, Vicent, *En defensa del niño maltratado*, Editorial Pax-México 1979.

LAJE ANAYA, Justo, *Delitos contra la familia*, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 1997.

LOPEZ –REY Y ARROJO, Manuel, *Opresión, violencia y permisibilidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985.

NEUMAN, Elías, *Victimología*, Cárdenas Editor, México, 1992.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Libros de México, 1962.

TOCAVEN, Roberto, *Elementos de criminología infanto-juvenil*, Edicol, México, 1979.

Hemerografía

LEON Méndez, Reyna, “Combatirán adicciones y violencia intrafamiliar”, *Diario de Xalapa*, 17 de marzo de 2003.

MEZA, Marta, “Sin freno la violencia intrafamiliar”, *Diario de Xalapa*, 25 de noviembre de 2000.

PACHECO GARCÍA, Violeta, “Prosigue el maltrato físico a menores de edad”, *Diario de Xalapa*, 13 de junio de 2002.

“Tiene México 7 millones de niños vulnerables”, *Diario A Z Veracruz*, 5 de junio de 2004

Legisgrafía

Código Civil del Estado de Veracruz

Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz.

El Derecho nacional y los Tratados de Derecho Ambiental Internacional

Ma. del Rosario Huerta Lara*

“Toda forma de vida es única y merece ser respetada...”¹

RESUMEN: La siguiente exposición es un ensayo sobre la evolución del Derecho ambiental internacional a partir de tres instrumentos fundamentales del Derecho contemporáneo, la Declaración de Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza y la Declaración de Río. A partir de ellos, podrá observarse la creación y desarrollo alcanzado por el Derecho ambiental internacional y sus incidencias reales. Se examinan temas como la ratificación de los tratados internacionales, soberanía y derecho internacional público, mecanismos de solución de controversias, entre otros asuntos relacionados con la tutela y preservación del medio ambiente global

Palabras claves: desarrollo, naturaleza, soberanía y Derecho internacional público, Mediación y Arbitraje.

ABSTRACT: *The following article is an essay about the evolution of International Natural Rights, based on three fundamental instruments of contemporary Law, the Stockholm Declaration, the World Nature Letter and the Rio Declaration. The creation and development reached by International Natural Law and its real occurrences will be observed through these instruments. Subjects like ratification of international treaties, sovereignty and public international law, mechanisms of controversy solutions, among other related issues about the keeping and preservation of the global environment.*

Key words: *environment, nature, sovereignty and Public International Law, Mediation and Arbitrage.*

SUMARIO: Introducción 1. La Declaración de Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza y la Declaración de Río. 2. ¿Son compatibles los Tratados de Derecho ambiental internacional con el concepto de Soberanía nacional? 3. Medios para asegurar una mejor implementación de los tratados ambientales dentro de las partes contratantes. Obstáculos en México. 4. Medios adecuados de solución de controversias en materia ambiental.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana.

¹ Preámbulo, párrafo 3, Carta Mundial de la Naturaleza, 1982.

Introducción

La sociedad humana, en todas sus expresiones y en todo momento ha debido elaborar una representación propia de su relación con la Naturaleza, la Ecología, el Ambiente, etc. Se explica, en consecuencia, que estos conceptos sean tan cambiantes como la concepción social y jurídica que de la Naturaleza se ha tenido, se tiene y seguramente se abordará en el sistema de leyes futuras como unos de los problemas centrales de la existencia de la sociedad humana en el planeta. Para el Derecho ambiental, materia eminentemente internacional, instrumentos jurídicos como la Declaración de Estocolmo (1972), la Carta Mundial de la Naturaleza (1982), y la Declaración de Río (1992) constituyen verdaderos sillares del Derecho ambiental contemporáneo, que vistos en su devenir, pueden ser entendidos como ecos y reflejos de esas mutaciones que periódicamente experimentan las organizaciones y las instituciones contemporáneas de la humanidad.²

1. La Declaración de Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza y la Declaración de Río

Una consecuencia de la Conferencia de Estocolmo sobre el Ambiente Humano (1972) fue la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), pieza central del sistema de las Naciones Unidas donde se han elaborado la mayor parte de las leyes ambientales internacionales. Este Programa ha sido instrumento para la adopción de más de cuarenta acuerdos multilaterales a nivel global o regional, así como también de una serie de pautas del denominado *Derecho suave* y principios sobre recursos naturales compartidos, modificación del clima, minería extraterritorial, sustancias químicas severamente restringidas y prohibidas, desechos peligrosos, contaminación marina con base en tierra y la evaluación de impacto ambiental; así también la de promover la diseminación e instrumentación del Derecho ambiental, siguiendo un plan de acción progresivo.

Los tratados, las convenciones, las declaraciones de Derecho ambiental internacional público tienen por contenido primordial la enumeración de “principios de conservación con arreglo a los que deben guiarse y juzgarse todo acto del hombre que afecta a la Naturaleza.”³ Es importante destacar la universalidad de estos principios, no solo porque pretenden obligar a los Estados, sino más generalmente a todos los seres humanos. Se confirma que estamos ante categorías, cuya fuerza radica en el llamado que se hace a los ciudadanos o a los pueblos del mundo, convocándonos hacer valer nuestra fuerza, para que los Estados la traduzcan en normas jurídicas en sentido estricto. Estos principios deben servir de inspiración y guía, de pauta o criterio para juzgar cualquier acto de los seres

² De acuerdo al UNITAR, programa de las Naciones Unidas, en las últimas dos décadas se han concluido más de cien tratados multilaterales sobre temas ambientales como la *Diversidad Biológica*, la *Contaminación Atmosférica Transfronteriza de Largo Alcance*, del *Derecho del Mar*, el *Cambio Climático*, la *Desertificación* y el *Patrimonio Cultural y Natural Mundial*, entre muchos otros en el plano regional y bilateral.

³ Carta Mundial de la Naturaleza.

humanos respecto de la Naturaleza. Se trata, sin embargo, de expresiones inicialmente de índole moral, más que una consecuencia de la obligación de los Estados de trasladarlos a normas jurídicas imperativas.

La Carta Mundial de la Naturaleza formula el alcance y desarrollo de estos principios de carácter declarativo al apuntar que “Los principios enunciados en la presente carta se incorporarán según corresponda en el Derecho y la práctica de cada Estado y se adoptarán también a nivel internacional.”⁴ Esto significa que dichos principios carecen de eficacia jurídica directa; para obtenerla, deberán asimilarse al Derecho nacional, a fin de normar la actividad interior de los Estados y sus relaciones interestatales en el plano internacional.

En estas primeras declaraciones se estableció que el objeto de la tutela era el *Medio humano* y no la *Naturaleza* en cuanto tal. Este fue el verdadero objeto de protección: la Naturaleza, en tanto que aspecto del Medio humano, al servicio del hombre. Esta concepción rotundamente antropocéntrica la podemos localizar en el preámbulo de la Declaración de Estocolmo donde se establece como principio que “La protección del medio humano es una cuestión fundamental”⁵ Posteriormente hemos de ver como la evolución de esta concepción cambia en la Carta Mundial de la Naturaleza, donde, por primera vez, se plantea que el concepto de Naturaleza no es en el sentido de servir a los seres humanos, su existencia no es atribuible a la categoría humana. Esta concepción, expresada en el preámbulo del citado instrumento expresa “**toda forma de vida es única y merece ser respetada**, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción.”⁶ Como se aprecia, a partir de esta declaración, el Derecho público internacional en materia ambiental ha sustituido la visión antropocéntrica de las primeras declaraciones, por otras más acordes, ya no sólo con la realidad, sino también con la misión y responsabilidad de los seres humanos para con la Naturaleza. Esto significa que la relación entre los seres humanos y la Naturaleza no sólo se refiere a un sistema de vínculos naturales sino también culturales, que incluyen el reconocimiento del valor intrínseco y único de los otros seres vivos.

Otro cambio operado en el Derecho internacional lo introduce la Declaración de Río (1992). En ella se reconoce la “la Naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar.”⁷ La Tierra es el hogar de los seres humanos y también de otros seres vivos, pero es una realidad compleja porque la integran multitud de elementos tanto vivos como no vivos, que además constituyen una realidad unitaria; de ahí su carácter integral y de la interdependencia de los elementos que la constituyen. Esto significa que los seres humanos no sólo formamos parte de esta realidad sino que, además, dependemos de ella. La Tierra es un ecosistema que los Estados deberán conservar, proteger y restablecer la salud y la

⁴ Principio 14, Carta Mundial de la Naturaleza.

⁵ Preámbulo 1.2, Declaración de Estocolmo, 1972.

⁶ Preámbulo, párrafo 3, Carta Mundial de la Naturaleza, 1982.

⁷ Preámbulo, párrafo 5to., Declaración de Río, 1992

integridad mediante la cooperación inspirada en *el espíritu de la solidaridad mundial*. Esta nueva fase que introduce la Declaración de Río establece un canon de la forma de vida de los seres humanos y con la Naturaleza: la sustentabilidad.

La Declaración de Río es la consecuencia del desarrollo obtenido por el Derecho internacional en relación a las declaraciones que le han precedido. A través de ella, los principios fundamentales asentados en la Declaración de Estocolmo y la Carta de la Naturaleza, se consolidaron, se resignificaron al engarzar esta problemática al terreno del *desarrollo* social y económico de los pueblos del planeta. De acuerdo con este Derecho se reconoce que los Estados tienen el Derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de *desarrollo*.⁸

Por primera vez se formula el principio de precaución en relación a la capacidad de los Estados, el principio de riesgo o peligro grave e irreversible se traduce en la exigencia de adoptar medidas eficaces de protección y en función de los costos para impedir la degradación. Estos elementos resultan interesantes, en la perspectiva de los países en desarrollo, porque permite adaptar la exigibilidad de las medidas a su realidad tecnológica y económica, haciendo permisible la transferencia tecnológica y económica de los Estados industrializados a los países en vías de desarrollo.

2. ¿Son compatibles los Tratados de Derecho ambiental internacional con el concepto de Soberanía nacional?

La Biosfera, bien jurídico tutelado por el Derecho internacional público, no podrá ser protegida eficazmente ni gestionada racionalmente por un orden políticamente fragmentado, en una descoordinada diversidad de Estados nacionales.

Para muchos expertos la contradicción básica del Derecho internacional se halla presente con particularidad intensidad en el Derecho ambiental internacional, en virtud de que existe un conflicto entre la protección global que demandan los problemas igualmente globales y, por otra parte, los límites y acotamientos impuestos por la *Soberanía* de los Estados nacionales. En su opinión, esta categoría, también reconocida por el Derecho internacional público, es la que obra como un principal obstáculo para realizar los niveles de cooperación necesarios para afrontar esta realidad que trasciende, continua y permanentemente, el ámbito de lo nacional, lo estatal y de toda Soberanía, de no ser la planetaria que a estas alturas debiera estar plenamente establecida.

Sin embargo, el Derecho internacional, en virtud de su propia naturaleza universalista, planteará en la misma escala, soluciones universalistas que aseguren la protección de este fenómeno global y planetario prevaleciendo siempre sobre los intereses locales. Este principio de universalidad domina en las tres últimas declaraciones de

⁸ El desarrollo y la protección ambiental son “**interdependientes e inseparables**” se afirma en el Principio 25 de la Declaración de Río.

Derecho internacional en vigencia. En cada una de ellas podemos ver como después de afirmar el Derecho soberano de los Estados sobre los recursos naturales de inmediato se formulan los deberes sobre esos mismos recursos, deberes que son obligaciones contraídos por los Estados que en la mayoría de las veces se deberán traducir en la creación de normas jurídicas, no solo de carácter general, también aquellas que se refieren a la responsabilidad estatal respecto a la Naturaleza. Por ejemplo, la Declaración de Río impone a los Estados la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de su jurisdicción. Seguidamente, señala que los estos Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Otros deberes surgidos de esta declaración se refieren a la cooperación para elaborar leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas dentro de su jurisdicción⁹

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, el concepto tradicional de Soberanía, a la luz del Derecho internacional, se ha resignificado, incluso transformado, en varios aspectos por influencia de éste. Para los países en desarrollo, con un orden jurídico deficiente y con instituciones precarias en lo relativo a la materia ambiental, será siempre una influencia para el desarrollo de sus sistemas jurídicos y de sus instituciones, lo que habrá de conferir en el futuro, Estados con una fisonomía cada vez más alejadas del concepto clásico de Soberanía, como todavía lo asumen casi la mayoría de los entes nacionales.

3. Medios para asegurar una mejor implementación de los tratados ambientales dentro de las partes contratantes. Obstáculos en México

La adopción y cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales plantean diversos problemas relacionados con la capacidad ejecutiva de las partes para llevar a cabo sus fines. Estas capacidades diferentes surgen en un primer plano en el ámbito jurídico como una disparidad entre el Derecho internacional público y los distintos derechos nacionales. Esto puede ser un elemento de eficacia, pero también un obstáculo para el cumplimiento de los acuerdos normados por el Derecho internacional. Lo mismo ocurre en el plano económico, social, cultural, entre muchos factores condicionantes. Estas asimetrías son notables cuando alguna o algunas de las partes provienen de países, donde las economías, los sistemas jurídicos y políticos no han obtenido las condiciones ni los medios necesarios para dar cumplimiento y eficacia a los tratados internacionales; o bien, aquellos Estados desarrollados, con sistemas jurídicos eficaces, dotados de capacidad económica y gestora, pero los intereses privados al prevalecer sobre los intereses públicos, obran como obstáculo para la adopción y cumplimiento de esta clase de instrumentos jurídicos del Derecho internacional. Es el caso de los países industrializados que ven

⁹Principios, Declaración de Río, 1992.

afectados sus intereses económicos por las políticas ambientales y constituyen en el plano global, un freno al desarrollo de las políticas ambientales.

Hasta ahora, los medios empleados para una mejor implementación de los tratados internacionales se podría delimitar entre aquellos de carácter legal, establecido por el marco jurídico del Derecho internacional y los procedimientos de Derecho aplicado a los tratados, con efectos vinculantes pero no siempre obligatorias, y con una jurisdicción plenamente establecida. Por otra parte, la persuasión, la opinión pública, la presión de público, la ayuda y los incentivos financieros, han sido entre muchos, medios desarrollados conforme las relaciones entre los Estados han debido actualizar sus instrumentos económicos y jurídicos en virtud del desarrollo de la economía mundial y sus nuevas características globales. Ello ha contribuido poderosamente el reconocimiento jurídico internacional de esta generación de derechos en materia ambiental y su posterior inserción y desarrollo en las legislaciones nacionales. Indudablemente la negociación han sido el factor fundamental de esta actividad previa a los actos jurídicos que originan el tratado, o bien, durante su desarrollo y aplicación. La validez de estos actos es posible y con efectos más positivos cuando la norma del Derecho internacional encuentran respaldo en las legislaciones domésticas, lo cual hace aún más viables el cumplimiento de los proyectos convenidos.

Junto a la negociación, se introducen elementos facilitadores para su realización, como el financiamiento de proyectos, creación de capacidades, transferencia de tecnología o la adopción de regímenes especiales, entre muchos aspectos abordados en el plano negociativo, que habrán de permitir a los Estados el cumplimiento de sus compromisos y obligaciones adquiridas en los tratados.

En el caso de México, los obstáculos para el cumplimiento de los Tratados, adquieren el mismo sentido de lo expresado anteriormente. La ausencia de un marco jurídico constitucional acorde a los problemas planteados por el Derecho ambiental contemporáneo; así como el escaso desarrollo de instituciones estatales, sociales responsables de velar esta clase de bienes ambientales tutelados por el Derecho internacional público. Esta ineficacia del sistema de instituciones domésticas se puede observar a través de las actuaciones del sistema de impartición de justicia jurisdiccional en México, que en virtud de su carácter individualista, no admite otro régimen de legitimaciones que el basado en el llamado interés directo para accionar ante los tribunales en el caso de agravio, daño o perjuicios a los bienes tutelados por el Derecho internacional y reconocidos por el Estado mexicano. Esta falta de legitimación para la acción procesal que debiera estar conferida en forma de tutela de interés supraindividuales, colectivos y difusos, en virtud de la naturaleza del bien tutelado, el medio ambiente. Constituye una verdadera omisión en el orden judicial mexicano, instituye un verdadero freno para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado mexicano.

Sin embargo, estos aspectos no son una excepción a la regla del *modus operandi* institucional. En líneas generales se puede admitir, incluso, que el modelo económico y social sobre el que se erige la organización de las instituciones nacionales resulta adverso a esta clase de derechos de carácter supraindividual colectivo y difuso, cuyo objeto es la

tutela del medio ambiente en cualquiera de sus expresiones reconocidas por el Derecho internacional.

De acuerdo al Derecho mexicano, en el marco de la Ley sobre la celebración de Tratados (1992), en sus artículos 1ero. Y 2do., distingue los acuerdos de voluntades en el ámbito del Derecho internacional público, de la siguiente manera:

“Tratado, es el convenio regido por el Derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.”¹⁰

Debe precisarse que en México para que un Tratado adquiera valor jurídico en el Derecho interno, por mandamiento constitucional, debe ser ratificado por el Senado de la República, órgano del poder legislativo federal, responsable de la conducción, vigilancia y refrendo de la política exterior llevada a cabo por el titular del poder ejecutivo. A mayor precisión, el mismo precepto, de la fracción III a la VIII, ofrece las siguientes definiciones: *Firma and referéndum*, es el acto mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar que su consentimiento en obligarse por un tratado requiere, para ser considerado como definitivo, de su posterior ratificación. Consecutivamente se refiere a la *Aprobación*, como el acto por el cual el Senado de la República, aprueba los tratados que celebra la presidencia de la República. Como se observa este ejercicio corresponde a actos del Derecho interno nacional, mediante el cual se legitiman, de acuerdo al Art. 133 constitucional, los tratados internacionales, a fin ser incorporados al Derecho nacional. La Ratificación, adhesión o aceptación, es el acto por el cual los Estados Unidos Mexicanos, hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.¹¹

Así las cosas, tenemos por una parte un Tratado Internacional que de acuerdo al Derecho nacional, como lo ha considerado en Jurisprudencia del más alto Tribunal Federal, la interpretación del Art. 133, de la Constitución mexicana lleva a considerar en un tercer lugar al Derecho federal y local en una misma jerarquía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de esa ley fundamental, el cual ordena que las facultades que no están expresamente conferidas a los gobiernos de los Estados interiores, se entienden reservadas a ellos. De manera que ese alto Tribunal asume el criterio de considerar de jerarquía superior a los Tratados, incluso frente al Derecho federal¹².

¹⁰ En tanto que el acuerdo interinstitucional es el convenio regido por el Derecho internacional público, celebrado por escrito, entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros y organizaciones internacionales, cualesquiera que fuere su denominación, sea que derive o no de un Tratado previamente aprobado.

¹¹ Ley sobre la celebración de Tratados, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1992.

¹² El Tribunal Pleno, en sesión privada celebrada el 28 de oct.en curso, aprobó con el No. LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, D. F. 28. Oct. 1999. Novena Época. Instancia, Pleno. Semanario Judicial del la Federación. Noviembre 1999. Tesis P. IxxVII/99.

Visto el panorama anterior es indudable que la ratificación de los tratados en materia ambiental reviste una crucial importancia para el desarrollo del Derecho nacional y de las instituciones responsables de la tutela de estos derechos. En México, es necesario e ineludible la reformulación, revisión y actualización de nuestros actuales instrumentos jurídicos a la luz del Derecho internacional público, en especial en esta materia de Derechos ambientales.

4. Medios adecuados de solución de controversias en materia ambiental

Antes que nada quisiera hacer algunas consideraciones en torno a la temática del conflicto, entendido como una oposición de intereses nacionales pugnando en el ámbito internacional por prevalecer el uno sobre el otro, en el contexto de unas determinadas relaciones sociales y jurídicas que los Estados y las organizaciones internacionales de manera individual o asociada contraen recíprocamente.

En virtud de un reiterado ejercicio controversial y conflictivo, mediante procedimientos consuetudinarios basados en usos comerciales, oficios políticos, diplomáticos, negociativos, etc., los actores del conflicto han desarrollado históricamente una diversidad de alternativas de soluciones de naturaleza no-jurisdiccional, basadas en la auto composición, la mediación y el arbitraje para la resolución de controversias de intereses, materia del Derecho público internacional

Todo conflicto lo origina una situación de hecho que afecta a los intereses de los pueblos, los Estados, los organismos públicos de Derecho internacional. Es contrario al Derecho por constituir fuente de incertidumbre e inseguridad jurídicas. En tanto el orden del Derecho se resuelve en una armónica distribución o reparto de bienes, inmateriales y materiales y de posibilidades, reconocidas para lograrlos, el conflicto, en el otro extremo, representa la ruptura de ese orden jurídico que tutela unos intereses, es decir, aquellas utilidades o ventajas concretas, establecidos como derechos a favor de las entidades estatales. A falta de Derecho, las situaciones concretas de incertidumbre jurídica supondrán de manera continua, perjuicio para estos intereses, independientemente de que su naturaleza los coloque en el ámbito internacional o permanezcan en la esfera de las jurisdicciones nacionales. Lo importante es que se trate de unos u otros, siempre estarán, preordenados en último extremo, a favor de la Humanidad y la Naturaleza. Empero, esta situación precisa una solución basada en la satisfacción de los intereses afectados, lo cual es posible obtener cuando las partes de manera voluntaria, median y administran autocompositivamente el conflicto, o bien, por los medios jurídicos, excitando la actuación jurisdiccional del órgano judicial encargado de establecer la plena seguridad jurídica, a través de la cosa juzgada.

Paso a plantear algunas generalidades respecto a la mediación y los medios de justicia, reconocidos por el Derecho internacional. La primera, entendida genéricamente como aquellos procedimientos de carácter informal, fundados en usos y costumbres meta jurídicos de aplicación consuetudinaria en la resolución de controversias entre los Estados, las entidades particulares, y aplicables en conflictos en materia ambiental. Y por último, como contrapunto quiero recordar que la impartición de justicia, constituye el

cumplimiento de un deber fundamental establecido por la Carta de las Naciones Unidas en el que se expresa: “Las partes de una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad jurídica internacionales tratarán de buscar solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales o otros medios pacíficos de su elección.”¹³

Estas figuras, mediación, conciliación y arbitraje, no son ajenas al sistema de justicia internacional previsto por el Derecho internacional público y privado. A partir de ellas los Estados y los organismos internacionales procuran composiciones de solución a las controversias relativas a la materia ambiental, para lo cual se les confiere el derecho a las partes en conflicto de acordar el procedimiento y la selección del Tercero que habrá de intervenir en la investigación, mediación, conciliación o arbitraje.

Empero, el arreglo judicial y el recurso a organismos regionales tienen lugar en la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial de las Naciones Unidas y cuya jurisdicción es aceptada explícitamente por los Estados. Las decisiones de la Corte, son siempre obligatorias y deben ser aplicadas. Estas decisiones carecen de fuerza obligatoria, más que entre las partes y en relación a un caso particular, su autoridad científica y moral permite que las normas emitidas por la Corte sean consideradas expresiones del Derecho consuetudinario internacional.¹⁴

Sin embargo, quiero enfatizar el papel de la mediación en la práctica internacional, es decir, la que ocurre en la dinámica diaria del tráfico jurídico que se suscita fuera de toda regulación legal a partir de la auto composición de los conflictos entre Estados. Cuando estas controversias recaen sobre derechos que trascienden la esfera nacional de las partes con afectación a terceros Estados y se ha dispuesto libremente de este Derecho, estamos ante una situación generadora de ondas de impacto sobre derechos de tercero, de manera que la solución de algunos conflictos significa la apertura de nuevos que al propagarse habrán de afectar no solo la esfera local de las partes que originariamente intervinieron, sino al orden, a la seguridad jurídica y a la paz mundial. Todo ello ocurre cuando el Derecho internacional deja de dar cause a esta actividad auto compositiva, inherente al funcionamiento de las relaciones internacionales.

En todo el ámbito internacional la mediación, la conciliación y el arbitraje establecidos por la costumbre como procedimientos informales y directos de solución de conflictos entre los Estados, constituye una practica que se ejerce en todas las ramas del intercambio entre países en los que se generan conflictos de intereses que pueden condensarse de manera individual, o bien, puede tratarse de un conjunto de intereses mas o menos homogéneos cuando sus portadores son los Estados y rebasan el ámbito de los conflictos regionales. Quizás el rasgo principal de este conjunto de practicas meta jurídicas, no institucionalizadas, no codificadas por el Derecho positivo internacional, que los

¹³ Artículo 33, Carta de las Naciones Unidas.

¹⁴ Alexandre Kiss, *Introducción al Derecho Ambiental Internacional*,UNITAR, Ginebra, Suiza, 2003

Estados llevan a cabo al margen de los procedimientos legalmente establecidos por el orden internacional, consista en su enorme dinamismo, su flexibilidad, y el pragmatismo en virtud de su carácter directo, inmediato circunscrita a la esfera jurídica de la voluntad de las partes, es decir, cuando esta se realiza sin afectaciones al interés internacional y a derechos de tercero y constituye un ejercicio, inclusive una costumbre jurídica que no va contra el Derecho y que en muchos casos es complementaria, incluso supletoria de éste.

Pero puede ocurrir todo lo contrario. Precisamente, por tratarse de prácticas no institucionales, al margen del Derecho, los procedimientos aplicados a las posibles soluciones del conflicto de intereses, buscaran y encontraran su regulación en el código de valores y costumbres imperantes y aceptados por la práctica internacional, los cuales no siempre están regulados por la equidad y el respeto a los principios del Derecho internacional. Por el contrario, a falta de Derecho se ha visto como prevalece la fuerza y la arbitrariedad como medio de solución de conflictos, instaurándose un orden paralelo al previsto por el Derecho internacional. De manera que día a día, cada parcela del espacio mundial se habrá de regular no por el consenso y el imperio de las leyes, sino por el vacío de las instituciones, las lagunas y las omisiones legales, el menoscabo de la autoridad, desbordada por la inestabilidad y el desorden en una imperpetua, sucesión de conflictos entre Estados débiles y fuertes. No obstante, también debe entenderse que sin este sistema autorregulatorio del conflicto, no tendría lugar el funcionamiento internacional, en sus múltiples intercambios que resulta de la actividad económica, comercial, política, cultural, etc., que de manera natural, se despliega completamente al margen de la rigidez de las instituciones, en virtud de que su ejercicio es ajeno al imperativo de un sistema de normas basadas en el Derecho: no proviene del consenso de las leyes, sino de la libre interpretación que de acuerdo a la costumbre es como se prevén los medios de solución a las controversias nacidas de la práctica internacional.

Finalmente, es de entender que la mediación, la conciliación y el arbitraje en general, son categorías jurídicas que solamente desarrollarán su plenitud en una sociedad abierta, plural y democrática, fundada en el consenso de la ley y el Derecho, en correspondencia a valores de libertad, equidad y legalidad, solidaridad, bien común, y sobre todo, a que su ejercicio tiene como principio primordial la vigencia de los Derechos ambientales fundamentales, toda vez que su finalidad no es otra que proveer las condiciones, los medios institucionales y los instrumentos jurídicos que aseguren la convivencia, la paz, la sustentabilidad del planeta, la gobernabilidad de los asuntos del interés común de la Humanidad y el medio ambiente del Mundo.

Bibliografía

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, Madrid, 2001.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CEDH, México, 2002.

KISS, Alexandre, *Introducción al Derecho Ambiental Internacional*, UNITAR, Ginebra, Suiza, 2003.

Ley sobre celebración de Tratados, (vigente) Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1994.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Derecho del Medio Ambiente*, Ed. Lex Nova, Valladolid, España, 2002

REUTER, Paúl, *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

SÁNCHEZ BRINGAS, E., *Los Derechos Humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales*, Ed. Porrúa, México, 2001.

Acceso a la información en Sudáfrica

Luz del Carmen Martí de Gidi*

RESUMEN: En este ensayo se plantea en qué consiste el derecho de acceso a la información de los ciudadanos de Sudáfrica basado en la Ley para promover el acceso a la información de 2000. En segundo lugar, se estudia cuáles son los sujetos, el objeto, los límites, el procedimiento y las garantías contemplados de acuerdo a la ley. La autora concluye que es una ley de avanzada, porque plantea la aplicación horizontal del derecho de acceso, es decir, tanto a entidades de derecho público, como de derecho privado.

Palabras claves: acceso a la información en Sudáfrica, libertad de información.

ABSTRACT: *In this essay, I will elaborate on information access rights of South-african citizens based on 2000's Promotion of Access Information Act. In second place, I will study the subjects, the object, the boundaries, the procedure and the warranties contemplated according to the law. The author concludes that it's a law of advance, because it deals with the horizontal application of access rights, for public law entities as well as for private law entities.*

Key words: *Access Information in South Africa, freedom of information.*

SUMARIO: Introducción. I. La Ley para promover el acceso a la información. II. Sujetos. III. Objeto. IV. Los límites del derecho. V. Procedimiento de acceso. VI. Garantías del derecho de acceso. Reflexión final.

Introducción

Independientemente de que la manera en que se encuentra estructurado el derecho de acceso a la información en este país,¹ permite distinguirla de la forma en que los demás países la reglamentan, ya que se le atribuye el alcance de acceder a la información existente

* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

¹ Sobre la manera en que los distintos países regulan el derecho de acceso ver Ernesto Villanueva, *Derecho Comparado de la Información*, segunda edición, México, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Iberoamericana, Miguel Ángel Porrúa editores, 2002.

en manos de particulares y no solamente del sector gubernamental, es con el caso de Sudáfrica que resulta factible demostrar la estrecha conexión que existe entre la democracia como régimen político de un Estado nacional, y la necesidad de que la sociedad que lo integra disponga, además de los derechos fundamentales clásicos, de la capacidad de reclamar el conocer, salvo excepciones, la información que se encuentra en manos de los órganos de gobierno, en especial de la rama ejecutiva o administrativa.

Así, es conveniente destacar que en Sudáfrica nace a la vida jurídica el derecho de acceso a la información pública² precisamente en la época en que se superó el prolongado periodo de un régimen autoritario, que mantenía discriminada a la mayor parte de su población por razones raciales, lo cual se traducía en el sistema denominado *apartheid*.³

En efecto, el sistema de gobierno del país que me ocupa, anterior al año de 1994 en que por primera vez se celebraron elecciones multiétnicas, de las cuales surge como vencedor Nelson Mandela, estuvo dominado por el Partido Nacional, considerado de ultraderecha, que además de la discriminación racial y de la negación de derechos políticos a los no blancos que representan más del 85% de la población total, se desenvolvía en una cultura de secrecía e irresponsabilidad de los órganos del Estado, que con frecuencia se traducían en abusos de poder y violación de los derechos humanos.

Con el triunfo electoral de Mandela se inician los trabajos para dar a Sudáfrica una nueva Constitución, la cual es aprobada por la Asamblea Nacional el 10 de diciembre de 1996, entrando en vigor el 3 de febrero de 1997. El nuevo texto constitucional establece en su sección 7 que la Carta de Derechos de todos los sudafricanos, la cual desarrolla en las secciones de la 10 a la 35, constituye la piedra angular de la democracia en el país.

De ese modo, en la sección 32, en forma independiente de la libertad de expresión (la cual se establece en la sección 16) reconoce el derecho de acceso a la información y señala cuales son sus alcances, declarando que todos los individuos son titulares de ese derecho, el cual les faculta a obtener cualquier información que tenga el Estado, y cualquier información que tenga otra persona no de derecho público sino de derecho privado y que sea requerida para el ejercicio o la protección de cualquier derecho. A esta opción la legislación sudafricana la califica como aplicación horizontal del derecho de acceso.

Asimismo, señala que debería ser promulgada una legislación nacional para dar efectos a ese derecho, al igual que para proveer, a través de medidas razonables, a aliviar la carga administrativa y financiera que se genere para el Estado al realizar los actos necesarios para localizar y entregar la información que se le solicita.

² Ver Toby Mendel, “Libertad de información: derecho humano protegido” en la Revista *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Iberoamericana, Universidad de Occidente, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, número 1, enero junio 2003, p.41 y ss.

³ “En lengua afrikáans, apartheid significa ‘separación’ y en su acepción más común puede traducirse como ‘identidad separada’...En términos políticos apartheid significa el mantenimiento de una aristocracia blanca basada en una rígida jerarquía de castas raciales para la que existe una correlación directa entre color de la piel y posibilidad de acceso a los derechos y al poder social y político.” Ana María Gentili, voz ‘*apartheid*’ en Norberto Bobbio, *et al.* 9ª edición, Siglo XXI editores, México, 1995, p. 73.

En la sección 36 de la Constitución se contempla la posibilidad de que los derechos fundamentales otorgados o reconocidos en las secciones anteriores puedan ser limitados, siempre y cuando esas limitaciones provengan de una ley de aplicación general y hasta el punto en que sean razonables y justificables en una democracia abierta basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; para ese propósito se deben tomar en cuenta todos los factores que sean relevantes, entre los cuales se incluyen. a) la naturaleza del derecho; b) la importancia del propósito que se pretenda alcanzar con la limitación; c) la naturaleza y alcance de ella; d) la relación existente entre la limitación y el propósito que se persigue; y e) se deben utilizar los medios menos restrictivos posibles para alcanzar ese propósito.

Salvo lo dispuesto en las diferentes hipótesis arriba mencionadas o en alguna otra disposición de igual jerarquía, ninguna ley puede limitar de manera directa alguno de los derechos contenidos en la Carta correspondiente.

I. La Ley para promover el acceso a la información

Para dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales a que se ha hecho referencia, fue expedida en el año 2000 la *Promotion of Access Information Act* ⁴ cuyos aspectos más relevantes, así como la reforma que le fue practicada al inicio del año 2003, serán estudiados en el presente apartado.

En el capítulo 1 se proporciona la definición de los diferentes conceptos que se utilizan a lo largo de la ley.

En el capítulo 3 se reitera que la ley pretende dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales sobre la materia, pero advierte que el derecho de acceso se enfrenta a limitaciones que sean justificables, incluyendo aquellas que apuntan a una razonable protección de la privacidad de las personas, la confidencialidad comercial y el efectivo, eficiente y buen gobierno, casos que se describen en un apartado posterior de la ley. De igual modo, el manejo de ese derecho debe guardar un adecuado equilibrio con otros derechos, incluyendo los derechos fundamentales reglamentados en la Constitución; debe propiciar el cumplimiento de la obligación constitucional del Estado de promover la cultura de los derechos humanos y la justicia social; se deben establecer los mecanismos menos costosos y sencillos que sean posibles, promover la transparencia y responsabilidad de los cuerpos públicos y privados y facilitar la manera de escrutar y participar en la elaboración de las políticas públicas que afecten a los derechos de los gobernados.

La sección 10 del capítulo que se estudia estableció que sería la Comisión de Derechos Humanos de Sudáfrica, organismo que se incluye entre los que se consideran el soporte de la democracia, la que en un plazo de 18 meses contados a partir de que entró en vigor la ley, debía expedir una Guía para el ejercicio del derecho, la cual debía ser redactada en los once idiomas oficiales que la Constitución reconoce para la República de

⁴ *Promotion of Access to Information Act*, publicada en *Republic of South Africa Government Gazette*, Volumen 416, Capetown, 3 de febrero de 2000, pp. 2-44.

Sudáfrica, en términos accesibles a fin de que a sus usuarios se les facilitara solicitar y obtener la información que desearan.

La mencionada Guía debía contener por lo menos, los siguientes apartados:

- a) El objeto de la ley;
- b) La dirección postal, la dirección física, los números de fax, teléfono y el correo electrónico del Oficial de Información que debe tener toda dependencia pública, así como los datos de los empleados responsables (*deputy information*) de atender las cuestiones relacionadas con las solicitudes de acceso a la información, que se encuentran bajo el mando de aquél, los que deben ser en número suficiente para atenderlas;
- c) Hasta donde ello sea posible, deberán aparecer esos mismos datos para los cuerpos privados que estén obligados a proporcionar a proporcionar la información que tienen en su poder;
- d) El formulario que debe ser llenado para tramitar la solicitud y la forma de llenarla según la naturaleza del sujeto pasivo (pública o privada);
- e) El apoyo disponible por parte del oficial de información de la dependencia a la que se le solicita la información;
- f) De igual manera se debe hacer saber expresamente en la Guía, el apoyo que debe prestar la propia Comisión de Derechos Humanos de la República;
- g) Los medios de impugnación disponibles por el sujeto activo para combatir las decisiones que se emitan en relación a su solicitud; esto es, la apelación que se promueve hacia el interior de la propia dependencia, ante el superior jerárquico del oficial, y los medios de defensa ante los tribunales para combatir las resoluciones definitivas que éste emita.
- h) Las disposiciones que hayan sido expedidas a efecto de que los sujetos pasivos den a conocer los manuales a que les obliga la ley; la manera en que llevarán a cabo la desclasificación voluntaria de sus archivos o expedientes, y los derechos que deben pagarse por la información que se solicita.
- i)

La Comisión de Derechos Humanos deberá, si ello es necesario, actualizar y publicar cada dos años la Guía, a efecto de que se encuentre siempre actualizada.

Los manuales a que se hace referencia arriba, deben tener los datos que identifiquen a cada entidad pública o privada que esté obligada a proporcionar información.

II. Sujetos

El sujeto activo del derecho de acceso es simplemente “cualquier persona” (*any person*). Inicia el capítulo 2 precisando que su ámbito material de validez lo constituyen los archivos o expedientes que se encuentran en poder tanto de los cuerpos públicos (*public bodies*) como de los cuerpos privados (*private bodies*), sin importar el momento en que hubieren sido creados. Se hace extensivo el carácter de sujeto pasivo de la ley a los contratistas oficiales o independientes de los cuerpos públicos y privados.

Por cuerpos públicos⁵ la ley sudafricana comprende a cualquier departamento de la administración nacional o provincial, o al gobierno local de cualquier municipalidad; de igual modo comprende a cualquier funcionario o institución cuando ejerza una facultad o cumpla con un deber en los términos señalados por las constituciones nacional o provinciales o desempeñe alguna función pública en los términos establecidos por alguna legislación secundaria.

Bajo el concepto de cuerpo privado⁶ la ley hace referencia a las personas físicas (*nature person*) que hubieren desempeñado algún oficio, negocio o profesión y a las personas jurídicas o morales existentes o que hayan existido, así como a los socios que las administren o las hubieren administrado.

III. Objeto

De acuerdo con el Capítulo 3 número 9 el objeto de la ley es: dar efecto al derecho constitucional de acceso a cualquier información en poder del Estado y cualquier información que se encuentre en poder de otra persona que sea requerida para el ejercicio o la protección de cualquier derecho.

Por cuanto hace a la información que puede solicitarse en ejercicio del derecho en cuestión, que puede constar en archivos o expedientes, se hacen las siguientes precisiones: a) no debe importar la forma que adopte o el medio en el cual se encuentre; y b) debe estar en posesión o bajo el control de los sujetos pasivos del citado derecho. En todo caso la ley no será aplicable a los archivos o expedientes que forman parte de algún procedimiento civil o criminal que se encuentre abierto, a menos que a juicio del tribunal no sea relevante para el interés de la justicia.

IV. Los límites del derecho

a) Causas para negar el acceso a la información en poder de

⁵ “‘public body’ **means**

- a) any department of state administration in the national or provincial sphere of government or any municipality in the local sphere of government; or
- b) any other functionary or institution **when**

(i) exercising a power or performing a duty in terms of the Constitution or a provincial constitution;

or

(ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation”

Part 1 Introductory Provisions, Chapter 1 Definitions and Interpretation, *Promotion of Access to Information Act*, *op. cit.* p. 8.

⁶ “‘private body’ **means**

- a) a natural person who carries or has carried on any trade, business or profession, but only in such capacity;
- b) a partnership which carries or has carried on any trade, business or profession; or
- c) any former or existing juristic person, but excludes a public body.”

Ídem, p. 8.

dependencias públicas

El capítulo 4 de la segunda parte de la Ley regula las diferentes razones para respaldar la negativa de acceso a los archivos o expedientes en poder de una dependencia gubernamental. Plantea dos grandes apartados para clasificar esas causas: en uno de ellos se encuentran aquellas en virtud de las cuales se debe negar el acceso; en el otro las que pueden servir de apoyo a la negativa, a menos que se acredite que proporcionarlos ayudaría a revelar la existencia de una contravención substancial a la ley o error en su cumplimiento; de la existencia de un peligro inminente y serio de la seguridad pública o un serio riesgo del medio ambiente, o que el interés público en que la información sea revelada sea claramente mayor al daño que se pretende evitar teniéndolos en secreto. Esta última hipótesis se identifica en la terminología anglosajona como la teoría del daño (*harm test*).

Trataré en primer lugar los casos en que se debe rehusar la información:

- a) En el caso de que revelarla implique la indebida comunicación de datos personales de un tercero, incluyendo a una persona ya fallecida. En la misma sección se reglamentan diversas hipótesis de excepción a la regla mencionada, entre las que destaca el consentimiento expresamente otorgado por la persona a quien la información se refiere;
- b) No será revelada la información existente en poder del servicio sudafricano de recaudación, cuando su finalidad sea fortalecer las funciones de dicha dependencia, a menos que pertenezca a la persona que solicita esa información;
- c) No deberá proporcionarse la información relativa a secretos comerciales de un tercero; tampoco la información financiera, comercial, científica o técnica distinta de los secretos comerciales, si al hacerlo se causa daño a un tercero o lo coloca en posición de desventaja frente a la competencia. Tampoco será revelada la información si al hacerlo se rompe con un deber de confidencialidad acordado con un tercero;
- d) Otro caso en que deberá ser denegado el acceso es cuando el permitirlo genere un peligro a la vida o a la seguridad física de una persona, así como la información que se tenga en un procedimiento criminal que se siga a la persona de cuya información se trata;
- e) Finalmente, tampoco será proporcionada la información que se contenga en un archivo que haya recibido un privilegio a través de procedimientos legales, a menos que ese privilegio hubiese sido suspendido.

Entre los casos en que se puede negar el acceso, se encuentran los siguientes:

- a) Es posible no otorgar el acceso a los archivos o expedientes en poder de una dependencia si al hacerlo fuera probable que se cause perjuicio a un edificio o a cualquier propiedad, incluidos su sistema y su estructura; a los medios de transporte, o a métodos, sistemas, planos o procedimientos establecidos para la protección de una persona sujeta al esquema de protección de testigos o para la protección del público;
- b) Se puede rehusar también la información relativa a los métodos, técnicas y procedimientos para la prevención o detección de la contravención a la ley, y la persecución de presuntos delincuentes, que revele la identidad de testigos, se traduzca en la posibilidad de que sean intimidados, entre otras de similar naturaleza.
- c) Paradójicamente, de conformidad con la sección 41 (1) (a) y (b) es solamente posible y no obligatorio, negar el acceso a información que pueda causar perjuicio a la defensa de la República, a la seguridad de la República o a sus relaciones internacionales. También podrá ser negado el acceso cuando la información haya sido entregada a la dependencia de

manera confidencial por otro Estado o por una organización internacional en virtud de acuerdos o convenios elaborados con ellos.

En el apartado (2) de la sección 41 se contiene una relación muy extensa de casos específicos que pueden resultar perjudiciales para la defensa y seguridad de la República y sus relaciones internacionales.⁷

d) El acceso a los archivos públicos podrá ser negado también si el hecho de revelarlos ponga de manera probable, en riesgo los intereses económicos, el bienestar financiero de la República o la capacidad del gobierno de manejar la economía de manera efectiva a favor de los intereses del país.

De igual modo se puede rehusar el acceso a la información cuando: contenga secretos del Estado o de una dependencia, se trate de información financiera, comercial, científica o técnica diferente de los secretos comerciales cuya revelación posiblemente cause daño al Estado o a una dependencia; cuando al revelarla se pueda razonablemente esperar que la dependencia se coloque en desventaja en las negociaciones que deba llevar a cabo o la perjudique en la competencia comercial, se trata de un programa de cómputo que se encuentre protegido por la ley.

⁷ “(2) A record contemplated in subsection (1) without limiting the generality of that subsection, includes a record containing information

- (a) relating to military tactics or strategy or military exercises or operations undertaken in preparation of hostilities or in connection with the detection, prevention, suppression or curtailment of subversive or hostile activities;
- (b) relating to the quantity, characteristics, capabilities, vulnerabilities or deployment of
 - (i) weapons or any other equipment used for the detection, prevention, suppression or curtailment of subversive or hostile activities;
 - (ii) anything being designed, developed, produced or considered for use as weapons or such other equipment;
- (c) relating to the characteristics, capabilities, vulnerabilities, performance, potential, development or functions of
 - (i) any military force, unit or personnel; or
 - (ii) any body of person responsible for the detection, prevention, suppression or curtailment of subversive or hostile activities;
- (d) held for the purpose of intelligence relating to
 - (i) the defence of the Republic;
 - (ii) the detection, prevention, suppression or curtailment of subversive or hostile activities; or
 - (iii) another state or an international organism used by or on behalf of the Republic in the process of deliberation and consultation in the conduct of international affairs;
- (e) on methods of, and scientific or technical equipment for, collecting, assessing and handling information referred to in paragraph
- (f) on the identity of a confidential source and any other source of information referred to in paragraph (d);
- (g) on the positions adopted or to be adopted by the Republic, another state or an international organization for the purpose of present or future international negotiations; or
- (h) that constitutes diplomatic correspondence exchanged with another state or an international organization or official correspondence exchanged with diplomatic missions or consular posts of the Republic.

Promotion of Access to Information Act, op. cit., pp. 24-25.

- e) Se puede proteger del derecho de acceso la información relacionada con los resultados de una investigación realizada por un tercero, o en proceso de realización, si proporcionarla expone a serias desventajas a las dependencias, a la persona que realiza la investigación o al tema mismo de ésta.
- f) Pueden no ser reveladas las opiniones, consejos o recomendaciones o el resultado de consultas, discusiones y deliberaciones presentadas en el curso de una reunión celebrada para formular una política pública o realizar una función legal, si el hacerlo pueda frustrar el proceso en la dependencia o entre dependencias o el éxito de la política pública en discusión.
- g) No podrá ser revelada la información cuando el requerimiento sea frívolo o controvertido en forma manifiesta o el trabajo involucrado en el proceso que desencadena la petición, de manera substancial e irrazonable desperdicie los recursos de la dependencia.

Todas estas causas que pueden conducir a una negativa de información ceden, como ya se dijo ante el hecho de que no revelarla impida conocer evidencia de una contravención sustancial o deficiencia en la aplicación de la ley, de un inminente y serio peligro de riesgo ambiental o cuando el interés público claramente sea de mayor peso que el daño que pueda causar el revelar la información.

b) Causas para negar el acceso a la información en poder de una persona de derecho privado

El capítulo 4 de la parte tercera de la Ley que nos ocupa establece en primer lugar algunas reglas para interpretar las disposiciones del capítulo en cuestión; así, señala que sus disposiciones, en términos de las cuales se **debe** negar el acceso o se **puede** o no hacerlo, no serán limitadas en su aplicación por ninguna otra norma del propio capítulo. Por otra parte, rechaza la posibilidad de que se apliquen las disposiciones por analogía, esto es, la razón para rehusar el acceso a un determinado archivo no puede hacerse extensivo a otro.

Las secciones de las 63 a la 69 describen los casos en los que debe o puede ser negado el acceso.

Al igual que vimos para el caso de los cuerpos públicos, todas las protecciones obligatorias que conducen a negar el acceso a un cierto archivo o expediente, no serán aplicables si se demuestra que el no permitir el acceso genera una contravención sustancial o una deficiencia en la aplicación de la ley, provoca un peligro serio de riesgo ambiental, o cuando el interés público sea de mayor peso que el daño que puede causarse al revelar la información.

V. Procedimiento de acceso

a) Procedimiento para acceder a la información en poder de los cuerpos públicos

Consiste en una solicitud hecha en el formulario autorizado por el interesado o por su representante debidamente acreditado; es dirigida al Oficial de Información a cualquiera de las direcciones que aparezcan en el Manual correspondiente. Debe contener los datos suficientes para identificar los archivos o expedientes requeridos; de igual modo, debe

señalar un domicilio dentro de la República para ser notificado, así como el idioma en el que solicita la información. En casos excepcionales, por ignorancia o incapacidad el requerimiento de información puede ser hecho oralmente. El Oficial de Información se encuentra obligado a proporcionar auxilio a la persona que pretende formular un requerimiento de acceso, a reunir los requisitos mencionados por la sección 18 de la Ley.

Las secciones 20 a 32 de la Ley regulan con todo detalle las diferentes circunstancias por las que puede atravesar la solicitud formulada. Así, es factible que el requerimiento de información deba ser transferido a otra dependencia, ya sea porque tenga en su poder los archivos o expedientes o porque la información solicitada se encuentre mas en relación con sus funciones.

La transferencia debe ser realizada tan pronto sea posible, pero en ningún caso en un término mayor de 14 días a partir de haber recibido el requerimiento. El Oficial de Información al que se transfiera la solicitud debe darle prioridad y atenderla como si la hubiera recibido en la fecha en que lo hizo el oficial que la envió. La transferencia debe ser notificada inmediatamente al solicitante, explicando las razones por las cuales se hizo y el plazo en que deberá ser atendida.

En caso de que sea procedente el pago de derechos, debe serle notificada la cantidad, así como la posibilidad de apelar ante la propia dependencia o ante una corte de justicia. De haber pagado los derechos e interpuesto algún recurso cuyo resultado le fuere favorable, le deberá ser restituida la cantidad pagada.

Si se hubieren dado todos los pasos que se consideren razonables para encontrar los archivos o expedientes requeridos y se generan dudas consistentes de que no serán encontrados o no existen, el Oficial de Información debe, mediante declaración escrita y jurada notificar al solicitante que la información no le podrá ser proporcionada. En dicha declaración debe dar cuenta precisa de las acciones realizadas para localizar los archivos o expedientes; a esta declaración se le atribuye por la ley el carácter de negativa de la autoridad a proporcionarlos.

Si con posterioridad el archivo es encontrado se le proporcionará al solicitante, salvo que proceda negar el acceso en alguna de las hipótesis que prevé la ley.

La respuesta deberá notificarse al solicitante en un término no mayor de treinta días. Si la resolución fuere negando el acceso, la sección 26(3) establece que estará debidamente fundada y motivada; deberá excluir la motivación cualquier referencia al contenido de los archivos y señalar expresamente que tal resolución puede ser impugnada bien a través de una apelación interna, bien ante los órganos jurisdiccionales, indicando los plazos que se tienen para hacerlo. De igual modo se procederá si la respuesta es parcialmente procedente.

En la sección 27 de la Ley se regula la negativa ficta, la cual se integra con el hecho de no dar respuesta en los plazos arriba mencionados.

Si por el contrario la respuesta es en sentido positivo el acceso puede asumir diferentes formas: si el archivo se encuentra impreso o grabado se proporcionará una copia;

en caso de que no lo esté y fueran imágenes, si es posible se grabarán y se entregará una copia o bien se permitirá al solicitante verlas en una proyección; si se tratara de sonidos, y ello es posible, se hará con ellos una grabación o se harán arreglos para que el solicitante los escuche; es posible que el archivo se encuentre en equipo de cómputo, en cuyo caso se trasladará a los medios apropiados para entregarlo.

Se dará preferencia de ser ello posible a la forma de acceso que haya señalado el solicitante a menos que interfiera con la buena administración, actúe en detrimento del archivo o infrinja derechos de autor.

Destaca entre las diversas disposiciones relacionadas con las vicisitudes que pueden presentarse para dar acceso a la información, la que se orienta a resolver el problema que puedan tener los solicitantes que sufran alguna discapacidad para leer, ver o escuchar, en cuyo caso el Oficial de Información debe, si se le solicita, tomar las medidas que sean pertinentes para encontrar la forma adecuada para superar el obstáculo que ofrece la incapacidad.

Finalmente, la sección 31 señala que la información deberá ser proporcionada en el idioma elegido por el solicitante, si es que se dispone de ella en ese idioma; en caso de que no se tenga de ese modo o no se hubiera señalado algún idioma en particular, se le entregará en el que se encuentre.

b) Procedimiento para acceder a la información en poder de sujetos de derecho privado

La parte 3 de la Ley regula este procedimiento, estableciendo de inicio que a un solicitante se le **debe** dar acceso a cualquier archivo o expediente de un cuerpo privado, si esa información es requerida para el ejercicio o protección de cualquier derecho, si cumple con los requerimientos procedimentales señalados en la ley y, si el acceder a esos archivos o expedientes no es rechazado por algunas de las causas que para este derecho horizontal de acceso ya se señalaron. En caso de que el solicitante sea una dependencia (*public body*) su petición deberá sustentarse en el hecho de actuar en beneficio del interés público.

La petición de acceso puede estar orientada a obtener los datos del solicitante que existan en poder del cuerpo privado.

El requerimiento para acceder a un archivo en poder de una persona de derecho privado debe ser formulado en el formato preestablecido para esos sujetos pasivos, dirigiéndolo a su dirección postal, fax o correo electrónico. Los requerimientos mínimos que debe satisfacer la solicitud son: proporcionar al titular del cuerpo privado los suficientes detalles que le permitan identificar al peticionario y el archivo o expediente solicitado, indicar la forma de acceder que solicita; señalar una dirección en territorio de la República; identificar el derecho que se pretende ejercer o proteger y proporcionar una explicación de la relación que guarda el archivo o expediente que se solicita y el derecho cuyo ejercicio o protección se pretende, y la prueba de representación en caso de promover a nombre de otra persona.

Por cuanto a los derechos que han de ser pagados, la Ley reproduce para esta hipótesis las normas ya comentadas aplicables al caso del acceso a archivos en poder de un cuerpo público.

Se deben tener también por reproducidas las disposiciones que arriba se explicaron en cuanto al acceso a un cuerpo público en lo relativo al término para responder, la posibilidad de que los archivos no puedan ser encontrados o no existan, la extensión del término para contestar, la negativa ficta; la divisibilidad de la información requerida; la forma que pueda asumir la información que se proporciona.

En el derecho de acceso horizontal, el solicitante al que se le haya negado el acceso total o parcialmente o que esté inconforme con la cantidad que debe pagar, tiene la posibilidad de inconformarse solamente ante una corte de justicia, ya que no se contempla la apelación interna que se puede interponer ante el superior jerárquico del Oficial de Información del cuerpo público.

VI. Garantías del derecho de acceso

En la ley se reglamentan, como ya se dijo, dos vías a través de las cuales es posible plantear, ante una instancia diferente de aquella a la que se le formuló el requerimiento de acceso, una inconformidad en contra de la resolución emitida. Esas vías son la llamada apelación interna (*internal appeal*) y el reclamo ante una corte de justicia (*applications to court*); ambas son procedentes en el caso de respuestas emanadas de los cuerpos públicos y solamente la segunda cuando se trata de resoluciones pronunciadas por los sujetos pasivos de derecho privado.

a) Apelación interna ante autoridad relevante (*relevant authority*)⁸

En la sección 74 de la ley se precisa que tanto el solicitante de la información,

⁸ Por autoridad relevante se entiende:

- a) “a public body referred to in paragraph (a) of the definition of ‘public body’ in the national sphere of government, means
 - (i) in the case of the Office of the Presidency, the person designated in writing by the President; or
 - (ii) in any other case, the Minister responsible for that public body or the person designated in writing by the Minister;
- b) a public body referred to in paragraph (a) of the definition of ‘public body’ in the provincial sphere of government, means
 - (i) in the case of the Office of a Premier, the person designated in writing by the Premier; or
 - (ii) in any other case, the member of the Executive Council responsible for that public body or the person designated in writing by that member, or
- c) a municipality, means
 - (i) the mayor
 - (ii) the speaker, or
 - (iii) any other person, designated in writing by the Municipal Council of that municipality;” Promotion of Access to Information Act, *op. cit.*, p. 8.

como el tercero, pueden interponer el recurso de apelación. El primero de ellos cuando le ha sido negado el acceso de manera total o parcial, y el segundo cuando se hubiere concedido y considere que ello le genera un agravio. El plazo para interponer el recurso es dentro de los sesenta días que sigan a la notificación de la resolución, en el formato autorizado y previo pago de los derechos que procedan, no hacer el pago de los derechos es causa de diferimiento de la resolución del recurso.

El recurso se presenta ante el Oficial de Información (dirección, fax o correo electrónico) identificando el tema de la resolución que se combate; debe expresar las razones en las que se apoya la apelación y cualquier hecho conocido que sea relevante para resolver la inconformidad. La resolución que se pronuncie le será notificada por escrito al apelante y por algún otro medio que elija, si ello es posible.

El término de sesenta días a que se alude arriba puede ser dispensado si la autoridad relevante así lo considera en atención a una buena causa demostrada (*good cause shown*) en caso de que la interposición del recurso hubiere sido extemporánea.

Una vez recibido el recurso por el Oficial de Información, cuenta con un término de diez días hábiles para remitir el expediente a la autoridad que debe resolver, lo cual dará intervención a los terceros interesados, los cuales dentro de un término de veintiún días podrán argumentar lo que estimen conveniente. En el caso de que la apelación hubiere sido interpuesta por el tercero que se opone a que la información sea revelada, se dará intervención al solicitante dentro de un plazo de treinta días, quien a su vez dispone de veintiuno para alegar lo que considere conveniente. La autoridad que conozca del recurso deberá resolver en diferentes plazos según quienes sean los involucrados en el recurso.

b) Procedimiento jurisdiccional : demandas ante una corte de justicia

Quien formuló la solicitud de acceso a un archivo o expediente y el tercero interesado, pueden reclamar ante una corte de justicia⁹ la resolución que se hubiere pronunciado en la apelación interna en el caso de que la solicitud de información haya sido tramitada ante un cuerpo público. Si la solicitud fue planteada ante un cuerpo privado, la demanda ante una corte de justicia procede directamente en contra de la resolución que dicte la persona física o el jefe de la persona moral que hubiere pronunciado la resolución, esto es, en el caso de los sujetos pasivos de derecho privado no procede la apelación interna.

La sección 82 de la Ley establece que la corte de justicia que conozca de la demanda puede resolver en cualquier sentido que sea justo y equitativo (*just and equitable*).

⁹ En la Gaceta del Gobierno de Sudáfrica (*Government Gazette, Republic of South Africa*) número 24 250 de 15 de enero de 2003, fue reformada la *Promotion of Access to Information Act* para precisar que debe entenderse por “court”; para los efectos de la ley court **means**

- a) The Constitutional Court acting in terms of section 167(6) (a) of the Constitution; or
- b) (i) a High Court or another court of similar status; or
(ii) a Magistrate’s court, either generally or in respect of a specified class of decisions in terms of this Act, designated by the Minister by notice in the Gazette and presided over by a magistrate or an additional magistrate designed in terms of section 91 A...

Reflexión final

El caso de Sudáfrica es paradigmático del derecho de acceso a la información en forma horizontal, lo que permite distinguirla de la forma en que los demás países la reglamentan, ya que en la ley se le atribuye a las personas la facultad de acceder a la información existente en manos de particulares que sea requerida para el ejercicio o la protección de cualquier derecho y no solamente la información pública gubernamental.

Con este país resulta factible demostrar la estrecha conexión que existe entre la democracia como régimen político de un Estado nacional, y la necesidad de que la sociedad que lo integra disponga, además de los derechos fundamentales clásicos, de libertad de expresión y de prensa, del derecho democrático de acceso a la información en poder del Estado reconocido a nivel constitucional, para así poder participar, más allá de la democracia electoral, de manera sustantiva en los asuntos públicos que les interesen, así como supervisar la gestión de los servidores públicos y vigilar el destino de los recursos públicos.

Bibliografía

- GENTILI, Ana María, voz ‘*apartheid*’ en Norberto BOBBIO, *et al.* 9ª edición, Siglo XXI editores, México, 1995.
- MENDEL, Toby, “Libertad de información: derecho humano protegido” en la Revista *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Iberoamericana, Universidad de Occidente, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, número 1, enero junio 2003.
- Promotion of Access to Information Act*, publicada en *Republic of South Africa Government Gazette*, Volumen 416, Capetown, 3 de febrero de 2000, pp. 2-44.
- VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho Comparado de la Información*, segunda edición, México, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Iberoamericana, Miguel Ángel Porrúa editores, 2002.

La concepción romana del contrato

Socorro Moncayo Rodríguez*

RESUMEN: Los juristas romanos no construyeron una noción abstracta y unitaria del contrato, como sucede en el derecho moderno, sino que regularon particulares contratos a los que el derecho reconoció el efecto de producir obligaciones civilmente exigibles.

Palabras claves: contrato, *conventio*, fuente de obligaciones.

ABSTRACT: The roman jurists didn't build an abstract and unitary notion of contract, as happens in modern law, but they regulated particular contracts to which the law recognized the effect of producing civil exigible obligations.

Key words: contract, *conventio*, obligations source.

SUMARIO: 1. Significado del término *contractus* en las fuentes. 2. Concepto técnico de contrato A. Noción de contrato en el Derecho Clásico B. En el Derecho Justiniano. 3 Conclusiones.

1. Significado del término *contractus* en las fuentes.

El vocablo *contractus* deriva de *contrahere*, que es usado en las fuentes jurídicas y literarias con significados diversos, así tenemos que se utiliza como sinónimo de *commitere* (cometer) cuando se habla de *contrahere crimen*, o de *constituere* (constituir) cuando se emplea en la expresión *contrahere amicitiam*, de igual modo se aplica al hecho de contraer matrimonio, *contrahere nuptias*, *matrimonium*, a la constitución de derechos reales, *res contrahenda*, etc.¹

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

¹ A. Di Pietro y Elli, A. Lapieza, *Manual de derecho romano*, Depalma, Buenos Aires, p. 281.

En un sentido técnico significa la constitución de una relación jurídica lícita a través de un acto de voluntad, es decir celebrar un contrato.²

El término *contractus* es más tardío, no es utilizado por los autores clásicos como Tito Livio, Cicerón, Tacito, Suetonio y Julio Cesar³ tampoco aparece en los antiguos textos jurídicos como las XII Tablas o el Edicto perpetuo, es introducido a fines de la República por Aulo Gelio, Not. At. 4. 4. *Is contractus stipulationum sponsio numane dicebatur sponsalia*, que se traduce “esta declaración o *sponsiones* fueron denominadas, *sponsalia*” y en la fase clásica fue utilizada por juristas como Pomponio y Gayo.

Gayo en las Institutas señala:

Gai. 3. 88.
Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Gai. 3. 88.
Toda obligación nace del contrato o nace del delito.

En este fragmento al contraponer el contrato al delito como generadores de obligaciones, Gayo daría ya, un contenido al *contractus*, figura que comprendería toda fuente de obligación diferentes al delito.

El mismo jurista en un texto de las *Res cottidianae sive aurea* reproducido por el Digesto menciona:

D. 44. 7. 1. pr.
Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

D. 44. 7. 1. pr.
Las obligaciones nacen del contrato, del delito o de varias figuras de causas.

Aún cuando en la doctrina hay quien considera que esta tripartición de las fuentes de las obligaciones es producto de una reelaboración posclásica⁴, parecería más factible y

² Cfr. E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza Editrice, Roma, 1993, p. 453.

³ Señala F. Schulz, , *Derecho romano clásico*, Trad. De José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 446, que el primer texto no jurídico es introducido por Varrón, *De rustica*, 1. 68. a propósito de la conservación y el prensado de las uvas (...*mutato et contractu acinorum*...)

⁴ Cfr. A. T. Ferreti, *Derecho romano patrimonial*, UNAM, México, 1992, p. 130; Iglesias, J., *Derecho romano, historia e instituciones*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, p. 354 y ss.

fundada la opinión que afirma que el agregado que Gayo hace en las *Res cottidiane* sea producto de una mejor sistematización del propio jurista.⁵

Resulta de gran relevancia en el desarrollo de los contratos la incorporación de las *variae causarum figurae*, la que vendría a comprender figuras como la gestión de negocios, de otro modo, manteniendo la bipartición, quedaría comprendida en los contratos.

Las *variae causarum figuris* en el derecho justiniano son divididas, dando vida a dos nuevas categorías: el cuasicontrato y el cuasidelito.

Estos textos conducen a dos primeras consideraciones, la primera que el *contractus* en el derecho romano pertenece a la sistemática de las fuentes de las obligaciones y la segunda que estos fragmentos reflejan los esfuerzos por construir las primeras nociones de la historia de la Teoría del Contrato.

2. Concepto técnico de contrato.

En el derecho moderno existe una concepción abstracta y unitaria del contrato, por la cual todo acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial encuentra plena tutela jurídica, consolidándose así el principio de la autonomía de la voluntad o atipicidad.

El Art. 1792 del Código Civil señala: *Convenio*, es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Y el art. 1793 establece: Los contratos que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Esta noción del contrato era ajena al mundo romano, en donde debían recurrir necesariamente a determinados tipos de contratos, a los que el derecho reconocía el efecto de producir obligaciones civilmente exigibles, no reconociéndose el principio de la autonomía de la voluntad, dado que las partes no estaban facultadas para determinar el contenido de sus propios acuerdos, sino que debían optar por alguno de los tipos de contratos establecidos por el ordenamiento jurídico. De manera que si las partes no enderezaban sus acuerdos a esos particulares tipos de contratos, el ordenamiento jurídico no reconocía su eficacia y no constituían obligaciones. A diferencia del derecho moderno

⁵ Véase G. Grosso, “Contratto (dir. rom.)” en *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffré, Milano, 1960.

que regula el contrato en general, el derecho romano solamente regulaba particulares contratos.

Sin embargo, teniendo firme la tipicidad del “sistema contractual romano”, los juristas matizaban el rigor de tal principio con el recurso a los contratos innominados y aún más con la utilización de un tipo de contrato caracterizado por una específica forma; *interrogatio-responsio*, denominada *stipulatio*, negocio que, respetando los límites del esquema formal pregunta-respuesta, servía para dar cabida a los diversos intereses que las partes quisieran regular, obteniendo de este modo, en el ámbito del *ius civile* los efectos obligatorios que considerasen oportunos.

A. Noción de contrato en el Derecho Clásico

La noción del contrato entre los mismos juristas romanos no era uniforme así tenemos una definición de *contractus* en un fragmento de Ulpiano, en el que se refiere al pensamiento de Labeón, jurista de la época del emperador Augusto.

D. 50. 16. 19.

Labeo libro primo Praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut, in stipulatione, vel numeratione; contractum autem ultro citro, que obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti amptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; gestum rem significare sine verbis factam.

D. 50. 16. 19

Labeón define en el libro primero del pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra acto es general, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero contrato significa obligación de una y de otra parte lo que los griegos llaman *synallagma* como la compra, venta, locación, conducción y sociedad gestionado significa cosa hecha con palabras.

Labeón hace referencia a dos categorías *contractum* y *actum*, limitando el contrato a aquellos consensuales y señalando otro aspecto el de la bilateralidad, poniendo el contrato como generador de obligaciones para ambas partes; entran en esta categoría, la compraventa, la sociedad y la locación. En el *actum*, en cambio comprende las obligaciones *verbis* o *re contractae*, por ejemplo la *stipulatio* o la *numeratio* (mutuo), quedando implícitamente excluidas de la categoría del contrato.

Este fragmento destaca en particular la posibilidad de concluir un negocio a través del sólo consentimiento, aún cuando identifica únicamente los contratos consensuales.

Otro fragmento relevante que pone el acento sobre el elemento del acuerdo en el contrato, también del jurista Ulpiano, en el que se refiere al pensamiento de Sesto Pedio, jurista de finales del siglo I, es el siguiente:

D. 2. 14. 1. 3.

Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dictat Pedius nullum, esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis (sive litteris) fiat.

D. 2. 14. 1. 3.

Mas de tal modo es genérica la palabra convención que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en si no contenga una convención, ya se haga de cosa, y de palabra o que se haga de escritura.

El jurista Pedio quería indicar en el texto que independientemente del acto de carácter formal o real debería existir siempre una *conventio*, es decir el acuerdo de las partes en relación a los intereses que con ese acto pretendía regular. Lo que no significa necesariamente que la *conventio* fuera entendida como único elemento del contrato del cual derivasen sus efectos jurídicos, al respecto es necesario recordar lo manifestado por Ulpiano⁶ en D. 2. 14. 7. 4. en donde afirma que el acuerdo de las partes o *conventio* no es suficiente para constituir obligaciones, es necesario que junto a la *conventio* exista la causa, es decir, que la congruente voluntad de las partes se dirija a alguno de los fines que el propio *ius civile* haya considerado digno de tutela y que las partes daban adecuar sus manifestaciones de voluntad a particulares formas de celebración, establecidos taxativamente por el *ius civile*, en caso contrario no se generaba una obligación civil protegida por acciones, sujetándose únicamente a la tutela del derecho honorario mediante excepciones. La causa civil estaba constituida por las formas especiales de celebración que daban prioridad a las solemnidades preescritas por la ley, antes que la manifestación de voluntades de los contrayentes⁷; causa civil que en los contratos verbales se traducía en la

⁶ D. 2. 14. 7. 4. Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido entonces que por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción.

⁷ Cfr. E. Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. Por José Fernández González, Ed. Nacional, México, 1963, p. 317.

solemnidad verbal, en los literales el uso de la escritura, en los reales la entrega o dación de la cosa, en los consensuales al solicitarse el simple *consensus*, la *causa civilis* debían buscarse en la correspondencia de los intereses patrimoniales de las partes.

Finalmente Gayo (3. 89.) después de haber señalado que las obligaciones nacen del contrato o del delito, clasifica en cuatro *genera* las que nacen de los contratos:

*Aut enim re contrahitur obligatio aut
verbis aut litteris aut consensu*

Ya que una obligación es contraída
por la cosa, por palabras, por escrito
o por el consentimiento.

Posteriormente expone el contenido y estructura de cada uno de los contratos.

De la exposición de Gayo resulta que esta clasificación lejos de crear una teoría del contrato, se vincula limitadamente a las fuentes de las obligaciones, determinando cuáles actos deben celebrar las partes para hacer nacer obligaciones, la transmisión de una cosa para las obligaciones *re contractae* el pronunciamiento de palabras solemnes para las obligaciones *verbis contractae*, la escritura de determinadas formulas para las obligaciones *litteris contractae* y el simple acuerdo para las obligaciones *consensu contractae*. Sin embargo en todas las figuras de contratos aparece como una constante relevante un elemento común: la bilateralidad de la manifestación de la voluntad de las partes que se articula en torno a un mismo fin: el acuerdo, por supuesto basándose en una causa taxativamente determinada por el derecho civil. De manera que la noción de contrato en Gayo es coincidente con la de negocio bilateral productor de obligaciones.

En el derecho clásico podemos decir que los juristas llegaron a afirmar que en cada contrato, debe estar presente una *conventio* pero no definieron el contrato identificándolo con la *conventio* o simple acuerdo.

B. En el Derecho Justiniano

En el derecho Justiniano, el “sistema contractual” no presenta grandes transformaciones que nos lleven a pensar en una nueva construcción teórica del contrato diversa a la del derecho clásico.

En el sistema Justiniano la clasificación de los contratos continua vinculándose a las fuentes de las obligaciones y se mantiene la cuatripartición *re, verbis, litteris, consensu*.

Desaparece la *expensilatio* contrato literal clásico; la *stipulatio* se mantiene como *obligatio verborum* pero con algunos cambios que provocan la caída de los contratos formales y abstractos, en el nuevo derecho ésta se transforma en un documento escrito en el que la *conventio* también constituye un elemento primordial pero debe consignarse por escrito para que tenga eficacia obligatoria. Continúa distinguiéndose entre *contractus* y *pacta*. En el derecho Justiniano aún reconociendo el *consensus* o *conventio* como elemento común a todos los contratos no llega a construir una teoría unitaria del contrato que lo identifique con la *conventio* o acuerdo.

Es en el derecho bizantino, que Teofilo en la Paráfrasis de las Instituciones (3.13.2.) define finalmente el contrato como un acuerdo; lo que constituye el más preciso antecedente de la moderna concepción del contrato.⁸

3. Conclusiones

Si bien, como ya se había dicho, los juristas romanos no elaboraron una teoría del contrato y en particular no identificaron el *contractus* con la *conventio*, no deben soslayarse los múltiples esfuerzos encaminados a identificar en el *consensus* un elemento esencial de todo contrato.

La concepción limitada a los contratos consensuales de Labeón; la visión teórica de Sexto Pedio afirmando la necesidad que en todo contrato (*re, verbis* o *litteris*) estuviera presente la *conventio* o acuerdo; la clasificación de Gayo en *re, verbis litteris* y *consensu*, reconociendo en todo contrato la bilateralidad, constituyen sin duda una constante tendencia a reconocer mayor relevancia jurídica a la voluntad individual y autónoma de las partes⁹ e identificar en el acuerdo el elemento esencial de los contratos, que sirva de base segura para la elaboración de la moderna concepción del contrato.

⁸ Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré, Milano, 1990, p. 537; Volterra, E., *op. cit.*, p. 455.

⁹ G. Astuti, "Contratto (dir. Interm.) en *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffré, Milano, 1960, p. 760.

BIBLIOGRAFIA

ASTUTI, G., “Contratto (dir. Intern.) en *Enciclopedia del diritto*, vi., Giuffré, Milano, 1960

DI PIETRO, A. y LAPIEZA, Elli, A., *Manual de derecho romano*, Depalma, Buenos Aires

FERRETI, A. T., *Derecho romano patrimonial*, UNAM, México, 1992

GROSSO, G., “Contratto (dir. rom.)” en *Enciclopedia del diritto*, VI. Giuffré, Milano, 1960.

IGLESIAS, J., *Derecho romano, historia e instituciones*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993

PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, trad. Por José Fernández González, Ed. Nacional, México, 1963.

SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Trad. De José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960

TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré, Milano, 1990

VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza Editrice, Roma, 1993

La corrupción entre particulares

Marta Silvia Moreno Luce*

RESUMEN: El estudio de la corrupción en México se ha enfocado principalmente a la tradicional, llevada a cabo por los funcionarios públicos, en cambio, la realizada por los particulares utilizando los instrumentos del derecho civil y mercantil y la de las empresas privadas, no ha tenido la misma difusión por lo que consideramos importante el estudio de estos temas.

Palabras clave: Corrupción, empresas privadas, particulares

ABSTRACT: *The study of the corruption in México has been mostly focused on public agents, however the private corruption that uses the instruments of civil and commercial law and it is committed by private corporations and individuals is almost unknown. That's why we consider necessary to analyze these topics in order to find solutions.*

Key words: *Corruption, private corporations, individuals*

SUMARIO: Introducción. I. La corrupción. II. La Corrupción como cultura ciudadana. III. Combate a la Corrupción. IV. La Organización de Estados Americanos V. El Consejo de Europa. VI. La Corrupción en las Empresas Privadas. VII. Conclusiones.

Introducción

El fenómeno de la corrupción se ha extendido prácticamente a todas las actividades humanas, la encontramos entre los particulares, en la política, en la burocracia administrativa, en la vida académica, en las Universidades, en el mercado bursátil y en las empresas públicas y privadas.

A pesar de que la corrupción es un fenómeno que se ha dado en todas las épocas de la historia, en el mundo contemporáneo hay una mayor preocupación por combatirla, por los estragos económicos cada vez mayores que causa en todos los países del mundo. Hasta el momento se han implementado diferentes tipos de medidas para erradicarla, pero hasta ahora, ninguna ha sido lo suficientemente eficaz, con este artículo sólo pretendemos llamar un poco la atención en relación a la necesidad de incrementar los medios y buscar nuevas soluciones para desterrar las prácticas corruptas en todos los niveles.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

I.-La corrupción

Generalmente cuando se habla de corrupción pensamos en el sector público, por lo regular en actos cometidos por los funcionarios públicos o en los ilícitos provenientes de la delincuencia organizada, como los narcotraficantes y los blanqueadores de capitales. Sin embargo, no nos escandalizamos de la corrupción continua y cada vez mas frecuente que realizan las grandes empresas privadas o la que llevamos a cabo cotidianamente los particulares, utilizando los instrumentos jurídicos que nos proporcionan los derechos civil y mercantil.

También es común que si una conducta no se encuadra dentro del ámbito del derecho penal o administrativo, nadie la tome en cuenta ni se produzca un escándalo social, lo que ha ocasionado que a pesar de la continua realización de graves actos de corrupción entre particulares, que provocan cada vez mayores daños a la economía mundial, los juristas, al menos en México, no han enfocado su atención a realizar estudios en el derecho civil y mercantil, como instrumentos conocidos por todos para la realización de conductas corruptas.

Pocos somos concientes de que cuando compramos un CD, un video juego o una película provenientes de la piratería, cuando realizamos un contrato simulado para eludir el pago de impuestos mediante un supuesto contrato de compraventa, en lugar de una donación, conductas muchas veces sugeridas por los propios notarios, o cuando solicitamos una factura falsa para justificar viáticos en el trabajo, estamos realizando actos de corrupción, al igual que cuando se tramita una adopción simulada y toda una serie de conductas que por lo frecuentes y cotidianas, pasan desapercibidas a nuestra conciencia moral y sobre todo a la sociedad, en todos estos ejemplos estamos utilizando figuras propias del derecho civil y del mercantil.

II.- La corrupción como “cultura ciudadana”

En la mayoría de los países existe la llamada “Cultura de la corrupción” caracterizada por la proliferación de las conductas corruptas en todos los sectores de la población, variando a veces las formas de acuerdo a la clase social, así podemos afirmar que un gran sector de las clases altas realizan los delitos de cuello blanco en grandes empresas, esta forma de corrupción es a niveles económicos de miles de millones de dólares o de pesos, para quienes la palabra “conciencia moral” ha sido eliminada de su vocabulario.

La clase media y baja, por lo general presentan una moralidad distorsionada, pero conservan algo de la conciencia moral, al intentar justificar (al menos), las conductas corruptas por razones de pobreza, argumentando que los precios de los CD y el de los video juegos, son tan altos, que por eso se tolera la piratería, porque de otra manera no estaría a su alcance participar de esa forma de cultura o de esos aspectos de la tecnología, lo cual desde luego no sería “justo”.

La desviación de la responsabilidad individual, es fomentada por el conocimiento que tiene la población en general de la corrupción en las áreas gubernamentales, justificándose con el argumento de que los políticos roban millones y el resto de los ciudadanos, sólo unos cuantos pesos. Así, la cultura de la corrupción en la que participamos los particulares, termina en convertirse en una subcultura o cultura subterránea en la que todos somos cómplices, el lema de esa nueva “moralidad” es: “todos roban si tienen oportunidad o todos somos corruptos si la ocasión lo permite”. “Psicológicamente, la pobreza inhibe a la moral, así, el nuevo empleado de gobierno o el funcionario se corrompen para resarcirse de las injusticias sociales que él o su familia pueden haber sufrido”¹.

III.- El Combate contra la corrupción

Debido a esta situación, se ha incrementado la necesidad de buscar medidas eficaces para acabar con esas prácticas, por lo cual, uno de los temas obligados en nuestros días, que constituye la preocupación mas generalizada, tanto de los juristas, de los gobiernos democráticos, de los organismos internacionales como de los ciudadanos en general,² es el combate a la corrupción, el cual puede hacerse por diversas vías y en distintos ámbitos, por ejemplo:

En el aspecto preventivo encontramos medidas a largo plazo entre las que podemos destacar la educación y la concientización ética tanto en el sector público como en el privado para crear una cultura que contrarreste la de la corrupción mencionada anteriormente

Otras medidas a corto plazo son las reformas legislativas, propuestas muchas de ellas por la iniciativa interna del Estado y otras impulsadas por acuerdos o pactos internacionales, como las sugeridas en la Cumbre efectuada en la ciudad de Mérida en el 2003, contra la corrupción.

En el derecho interno de cada país, existen remedios posteriores al acto corrupto que permiten compensar el daño causado, entre otros, la responsabilidad civil, sin embargo, en nuestro país no es una práctica común.

Los compromisos internacionales multilaterales, establecen una serie de medidas que los Estados deben adoptar tanto para prevenir como para combatir la corrupción y para compensar a las víctimas cuando los actos corruptos ya se han cometido³.

Estos instrumentos del Derecho Internacional abarcan tres aspectos fundamentales contra la corrupción: cultura, legislación y compensación. Estos tres factores destacan un aspecto importante ya que en ellos se menciona a la corrupción tanto en el ámbito público

¹ Jorge, Malem, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Madrid, 2002, p. 48

²Curso impartido en la Universidad de Salamanca, España, por el Dr. José Ramón García Vicente, mayo 2004

³ Documentos Internacionales, Comisión Nacional de Derechos Humanos, CNDH, México, 2002

como en el privado y se le da gran importancia a la legislación civil, como factor de prevención y de compensación.

Algunos compromisos multilaterales han sido adoptados dentro del Consejo de Europa y otros dentro de la Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE). En América, en el Programa Interamericano de cooperación para combatir la corrupción, de los Estados miembros de la OEA en la Cumbre de las Américas en 1994, se adoptó un programa Interamericano de Cooperación para combatir la Corrupción.

IV. La Organización de Estados Americanos.

La Organización de Estados Americanos, en su preocupación por el combate a la corrupción ha propuesto diversas medidas, en el ámbito jurídico, en el ámbito institucional, en el ámbito internacional y en el ámbito de la sociedad civil, de las cuales sólo mencionaremos algunas de las mas importantes:⁴

I. En el ámbito jurídico:

1. Adoptar por medio del Consejo permanente y el Grupo de Trabajo sobre probidad y Ética y Cívica, una estrategia para lograr la pronta ratificación de la Convención Interamericana contra la corrupción.

2. Continuar realizando la recopilación de la legislación nacional sobre aquellas materias vinculadas con la lucha contra la corrupción y la identificación de las conductas corruptas.

II.- En el ámbito institucional

1.- Identificar las instituciones públicas que en cada Estado miembro, desempeñan actividades vinculadas con el combate contra la corrupción, teniendo en cuenta especialmente el ordenamiento constitucional que en cada caso sustenta y organiza el conjunto de instituciones, como el Poder Judicial, el Ejecutivo, el Legislativo, la Contraloría, los diferentes cuerpos policíacos especializados en el combate a la corrupción.

2.- Cuando sea posible crear un sistema de apoyo a las instituciones encargadas de la lucha contra la corrupción con la colaboración de la Organización de Estados Americanos.

III.- En el ámbito internacional

1.- “Poner en práctica, de ser el caso, un sistema de consultas que permita intercambiar experiencias e información con las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, en la lucha contra la

⁴ Página Principal/ Carta de la OEA/ Tratados Interamericanos/ Resoluciones y Declaraciones/ Publicaciones

corrupción, evitar la duplicación de esfuerzos y evaluar la posibilidad de realizar proyectos conjuntos”⁵

IV.-El el ámbito de la Sociedad Civil

1.-“Poner en práctica, de ser el caso, un sistema de consultas que permita intercambiar experiencias e información con las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial, y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros, para enriquecer las perspectivas de cada organismo en la lucha contra la corrupción, evitar la duplicación de esfuerzos y evaluar la posibilidad de realizar proyectos conjuntos”⁶

V.- El Consejo de Europa

Este organismo es uno de los mas avanzados en materia del combate a la corrupción y ha servido de modelo a los organismos latinoamericanos por lo que consideramos importante mencionarlo en este artículo.

El Consejo de Europa cuenta con una serie de documentos en esta materia, entre los que podemos destacar:

El Programa de acción contra la corrupción del Comité de Ministros de 1996.

Las Conferencias números 19, 21 y 22 de los Ministros Europeos de Justicia en la que se adoptaron las Resoluciones de Malta en 1994, de la República Checa en 1997 y de Moldavia en 1999.

El Convenio del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1999 sobre Derecho Civil y corrupción.

La resolución (97) del Comité de Ministros de 1997 en la que se adoptan los 20

Principios guía para el combate a la corrupción.

El Plan de acción adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los miembros del Consejo de Europa de 1997

Y las Resoluciones (98) del 7 de mayo de 1998 y (99) del 5 de mayo de 1999 por las que se establece el Organismo llamado GRECO (Grupo de los Estados contra la Corrupción).⁷

El interés por el combate a la corrupción es a nivel mundial, ya que dicho fenómeno ha rebasado tanto cualitativa como cuantitativamente las variedades de corrupción que se

⁵ Página principal/ Carta de la OEA/ Tratados interamericanos/ Resoluciones y Declaraciones/ Publicaciones

⁶ *Idem.*

⁷ <http://www.ITWorld.com>

han presentado a través del tiempo por lo que no podemos enfocar todas las baterías al estudio y a la búsqueda de soluciones contra la corrupción tradicional llevada a cabo por los funcionarios públicos en todo el mundo o por la delincuencia organizada, los narcotraficantes y los blanqueadores de capitales, entre otros, es necesario difundir los casos de corrupción de los particulares con los instrumentos proporcionados por los derechos civil y mercantil.

V.- La corrupción en la Empresas Privadas

Son frecuentes también los casos de corrupción en las empresas privadas, las cuales forman parte del mismo grupo de casos de corrupción entre particulares, con la modalidad de que son realizadas no por personas físicas sino por las llamadas personas jurídicas o morales.

De acuerdo a la doctrina uno de los requisitos principales para que una empresa funcione correctamente evitando la corrupción es que exista la armonía entre las personas físicas que forman parte de las personas morales, integradas principalmente por los accionistas, los empleados y los directivos, sin embargo, cuando la corrupción se hace presente a través de alguna de sus partes, surgen una serie de conflictos que pueden perjudicar a la empresa en menor o mayor grado, y sin duda rompen con la armonía interna de la misma. Aparecen entonces consecuencias externas desfavorables, propiciando conflictos de intereses que pueden llevar a la Empresa a que le nieguen financiamientos, o a que pierda su valor bursátil, como resultado de la falta de credibilidad de una empresa considerada corrupta, la cual se caracteriza por funcionar con una serie de conflictos internos que no se pueden resolver satisfactoriamente mientras no se erradique la corrupción.

Los conflictos internos de una empresa, pueden surgir entre cualquiera de sus integrantes, siendo los mas significativos los que se dan entre empleados y directivos, entre accionistas y directivos y entre los propios accionistas.

Los conflictos pueden deberse a diversos factores, pero aquí nos ocuparemos sólo de los que surgen entre accionistas y directivos con motivo de actos de corrupción llevados a cabo por los directivos, los cuales pueden dañar seriamente los intereses de los accionistas.

Estos choques de intereses en la empresas privadas se han ido descubierto en fechas relativamente recientes, cuando comienzan a desarrollarse las grandes sociedades anónimas en las que por contar con un gran número de accionistas, tienen que delegar las funciones directivas en determinadas personas, que pueden ser o no accionistas. “De esta manera se separa el control de la propiedad, y al tener que velar por los intereses de los accionistas sin ser uno de ellos, los nexos entre accionistas y directivos pueden debilitarse fácilmente”⁸.

⁸J Gómez Calero, *Responsabilidad de socios y administradores frente a los acreedores sociales*, Dykinson, Madrid, 1988, p. 123

En las empresas privadas se crean una serie de responsabilidades compartidas, el directivo debe realizar todas las acciones necesarias para que la empresa sea sólida, crezca y los accionistas reciban la cantidad de ganancia que esperan. Los accionistas por su parte, “tienen la obligación de vigilar la actuación de los directivos, de detectar problemas y de buscar soluciones que permitan optimizar el trabajo de los directivos de su empresa para que no se desvirtúen sus funciones. Los accionistas y los directivos deben sentirse comprometidos con la empresa”⁹

“Las causas por las que se presupone que un directivo podría corromperse y realizar actos corruptos son: la falta de motivación, falta de profesionalización, ausencia de marco normativo, factor cultural, la falta de reclamaciones formales por parte de los accionistas, fallas en el proceso de selección en los que no se siguen los principios de mérito y capacidad, y la inseguridad laboral”¹⁰.

Los especialistas en Empresas privadas insisten en que “ante estos posibles factores es necesario buscar mecanismos tanto de control como de motivación que eviten que los directivos de las empresas se corrompan.”¹¹

Algunas propuestas de solución a esta situación son además de la creación de normas jurídicas que regulen esas situaciones, la autorregulación de la actividad dentro de la empresa a través de Códigos de Conducta así como la implementación de un sistema de incentivos bien sean bonos o acciones, como una forma extra de compensación por la gran responsabilidad de su labor.

Esta última propuesta es la que nos interesa, ¿Es suficiente incentivar a los directivos de las empresas a través de bonos y acciones para evitar la corrupción en su actuación? ¿Su trabajo se vuelve más productivo?

Hay opiniones que expresan que se debe incentivar a los directivos con acciones, pero que la cantidad que estos posean debe ser limitada, ya que si tienen demasiadas, el directivo pierde la motivación y se convierte en un free rider¹²

Algunos autores opinan que este sistema, que consiste en la aplicación del conductismo, surgido de las teorías psicológicas de la Gestalt; que se desarrollaron a mediados del siglo pasado, la cual consiste en otorgar premios y castigos de acuerdo a “las buenas o malas” acciones de la persona; o en éste caso a sus logros o fracasos resultado de su actuación dentro de la empresa. Estos premios y castigos son una arma de dos filos, pueden funcionar bien, pero también pueden ser la causa de que se genere aún más corrupción dentro de las empresas. Lo que ya ha sucedido en numerosas agencias e instituciones públicas y en las universidades públicas y privadas.

⁹ J. Gómez Calero, Op. Cit. p. 37

¹⁰ Arnold J. Heidenheimer, *Topografía de la corrupción. Investigaciones y perspectiva comparada*, New Brunswick, WA, 1998. p. 221

¹¹ Aubert Vignali, J., “*The incentives and managers*”, Little Brown, WA, 2004, p. 234

¹² Persona que se aprovecha de las inversiones de otro.

En todas ellas, se han dado numerosos casos de corrupción a raíz de la aplicación de dicha teorías. En la práctica ha sucedido que los empleados y directivos, con tal de ganarse los incentivos, recurran a prácticas desleales entre ellos para conseguir la autoría de los buenos resultados, o a culpar a otro cuando éstos son negativos.

Por otra parte también puede llevarlos a que, por su afán de conseguir los estímulos, falseen o alteren los verdaderos resultados de su actuación, para este fin, cuentan con la complicidad de los auditores que son quienes tienen en sus manos la posibilidad de dictaminar correctamente la revisión de cuentas en una empresa, o bien, realizar operaciones falseando los datos para obtener el resultado que el integrante corrupto de la empresa le solicite.

La estrategia de premios y castigos para mejorar el funcionamiento de las empresas y de quienes trabajan en ellas, ha sido aplicada en diferentes organizaciones, desde las grandes sociedades anónimas, el Estado y en las empresas virtuales, obteniéndose resultados diversos.

Algunas empresas importantes de los Estados Unidos retiraron esa clase de estímulos a sus empleados y directivos, pero a partir de la caída en los mercados de las acciones de empresas dedicadas a las comunicaciones, sin embargo, han tenido que reinstalar el sistema de incentivos en bonos y acciones, con la finalidad de evitar que sus directivos abandonen sus puestos de trabajo y vuelvan a las empresas en las que trabajaban anteriormente.

Una experiencia al respecto fue realizada por Tom Nohel y Steven Todd,¹³ con la finalidad de complementar la propuesta anterior.

Ellos realizaron un estudio sobre que tan benéfico o perjudicial resulta que las empresas den acciones como incentivos, pero que además éstas sean para que quien las reciba las reinvierta en la empresa para la que trabaja, consiguiendo desde su punto de vista, que el valor de la firma influya en las decisiones de los directivos, ya que ambos aspectos provendrán de los mismos intereses, es decir, de factores que se encuentren dentro de la propia empresa, lo que animaría a los directivos a tomar decisiones más arriesgadas.¹⁴ Se trata de un estudio empírico que pretende aclarar si ese tipo de incentivos tiene o no un impacto favorable en el funcionamiento de la empresa.

Para tratar de erradicar la corrupción de las empresas, consideramos que es necesario complementar las medidas económicas, con otro tipo de recursos como la correcta regulación legal del principio de transparencia, para cerrar los espacios en los que podrían darse los actos de corrupción.

Y por otra parte, tratar de concientizar a los directivos de cuales son los deberes hacia la empresa en la que trabajan, por ejemplo los de lealtad y diligencia, señalados generalmente en los Códigos de Conducta de la Empresas Privadas los cuales señalan claramente que los directivos deben:

¹³ El artículo Nohel “ Options and managerial incentives to invest “fue publicado por la Universidad de Loyola en Chicago Illinois, 2002, p. 34

¹⁴ Hillegeist, “Stock opinions incentives and firm performance” Little Brown, WA, 1998, p. 29

“I. Evitar los conflictos de intereses entre los administradores, o sus familiares más directos, y la sociedad, comunicando en todo caso su existencia, de no ser evitables, al Consejo de Administración.

II. No desempeñar cargos en empresas competidoras de la sociedad o de su grupo.

III. No utilizar, con fines privados, información no pública de la sociedad.

IV. No hacer uso indebido de activos de la sociedad ni tampoco valerse de su posición en esta última para obtener, sin contraprestación adecuada, una ventaja patrimonial. En todo caso, de las relaciones económicas o comerciales entre el consejero y la sociedad deberá conocer el Consejo de Administración.

V. No aprovecharse de las oportunidades del negocio que conozca por su condición de consejero.

VI. Mantener en secreto, aun después de su cese, cuantos datos e informaciones reciba en el desempeño de su cargo, no pudiendo utilizarlos en beneficio propio, ni facilitarlos a terceros, sin perjuicio de las obligaciones de transparencia e información que imponga la legislación mercantil y de los mercados de valores. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto se extenderá a los administradores de ésta.

VII. Abstenerse de intervenir en las deliberaciones y votaciones sobre propuestas de nombramiento, reelección o cese cuando les afecten, así como en cualquier otra cuestión en la que tengan un interés particular.

VIII. Notificar a la sociedad los cambios significativos en su situación profesional, los que afecten al carácter o condición en cuya virtud hubiera sido designado como consejero, o los que puedan entrañar un conflicto de interés.

IX. Informar a la sociedad de las acciones de la misma, opciones sobre acciones o derivados referidos al valor de la acción, de que sea titular, directamente o a través de sociedades en las que tenga una participación significativa, así como de las modificaciones que sobrevengan en dicha participación accionarial o derechos relacionados, con independencia del cumplimiento de la normativa del mercado de valores.

X. Informar a la sociedad de todas las reclamaciones judiciales, administrativas o de cualquier otra índole que por su importancia pudieran incidir gravemente en la reputación de la sociedad.”¹⁵

El auge de los Códigos de Conducta proveniente del informe Aldama, realizado en España, proviene del código Olivencia¹⁶ el cual nació a instancias del Ministerio de Economía en 1997 y se publicó en febrero de 1998 como un Código ético de buen gobierno de aceptación voluntaria por parte de las sociedades. Es uno de los mas importantes tanto por ser de los primeros como por considerarse como uno de los mas completos y difundidos. En el informe Aldama se trata de analizar el funcionamiento de los Códigos sobre el buen gobierno iniciando un proceso renovador a partir de la fecha de la aparición

¹⁵ E. Aldama, “Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas”, Madrid, 8 de enero de 2003.

¹⁶ [http:// www.reputacióncorporativaorg/documenta_estudi_3](http://www.reputacióncorporativa.org/documenta_estudi_3).

del Código Olivencia. El informe Aldama destaca entre otros aspectos, el deber de información, la máxima transparencia así como los deberes de lealtad y diligencia de los consejeros, solo destacaremos dos puntos: el primero se refiere al deber de las sociedades de proporcionar información transparente sobre la estructura de su capital, sobre las normas de funcionamiento del Consejo de administración y sobre sus sistemas de control de riesgos. El segundo destaca la importancia de los deberes de todos los integrantes de la empresa los cuales deben quedar perfectamente definidos en el Código de Conducta.

VII Conclusiones

La corrupción es un problema mundial cada vez mas acentuado tanto por el progreso de la tecnología como por la dificultad de su combate, por un lado es fácil y al alcance de la mayoría utilizar los avances tecnológicos para la realización de actos de corrupción, los que por lo cotidiano llegan a considerarse como algo natural y común en la sociedad actual, por otra parte, el problema de siempre es la falta de una moral sólida, sin la cual se propicia que tanto en las actividades públicas como en las privadas la lucha contra la corrupción fracase, mientras la mentalidad no cambie y las personas no actúen de acuerdo a los principios morales.

Lo mismo ocurre en cuanto a la corrupción en las Empresas Privadas, consideramos que si se mejoraran sus sueldos, se les otorgaran acciones y bonos como incentivos, sería un primer paso para conseguir directivos honestos y estimulados para realizar su trabajo. El segundo paso a seguir es la reeducación moral de los integrantes de la empresa. Actualmente hay un consenso de la mayoría de los integrantes de las empresas y de los grupos dedicados al combate a la corrupción, quienes tienen puesta su esperanza en el cumplimiento de los Códigos de Conducta que son los que pueden propiciar el cambio de mentalidad y la vuelta a la moral como el camino correcto para el buen funcionamiento de las Empresas Privadas.

Bibliografía

ALDAMA, E. “Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas” Madrid, 8 de enero de 2003.

GÓMEZ CALERO, J. *Responsabilidad de socios y administradores frente a los acreedores sociales*, Dykinson, Madrid, 1998.

HEIDENHEIMER, Arnold, *Topografía de la corrupción. Investigaciones y perspectiva comparada*, New Brunswick, 1999.

HILLEGEIST *Nohl options incentives and firm performance*, Madewell, S.A. 2001.

[Http://www.ITWorld.com](http://www.ITWorld.com).

[Http://www.ulch.org](http://www.ulch.org).

MALEM, Jorge F. La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos de la corrupción, Gedisa, Madrid, 2002.

VIGNALI, Aubert, “The incentives and managers” Litle Brown. WA, 2004.

En torno al aprendizaje del Derecho Informático.

Sara Luz C. Quiroz Ruiz*

Resumen: Los contenidos de juridicidad han sido innovados o emergen del proceso de globalización económica, colocando al derecho en un momento de transición, donde la interacción de los sujetos, paulatinamente van cambiando el escenario, desafiando el tiempo y el espacio; cuya comprensión involucra tanto a los procesos de enseñanza como a los de aprendizaje.

Palabras claves:

Abstract: The contents of juricity have been innovated or emerged from the process of economic globalization, putting law in a moment of transition, where the interaction of subjects, slowly change scenarios, defying time and space; which comprehension involves learning and teaching processes.

Key words:

SUMARIO: 1. La informatización de la sociedad y los nuevos contenidos de juridicidad. 2. Concepto de Derecho informático. 3. La información en la perspectiva informática. 4. Las Vertientes del Derecho Informático. 5. El pluralismo jurídico en el Derecho de la Informática. 6. Los procesos de enseñanza y los procesos aprendizaje: un proceso comunicativo. 7. El seminario en la Didáctica Jurídica aplicable al Derecho Informático 8. Reflexión final.

Introducción.

Los estudiosos del Derecho han manifestado su preocupación por expresar las transiciones que le ocasiona el proceso de globalización esencialmente económica y si esto es así, entonces el aprendizaje de los saberes jurídicos también se encuentra en reconstrucción conjugando la transición con la innovación.

Efectivamente, en México a partir de la década de los años ochenta, son efectuadas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece un modelo de mercado interior, con el cual más tarde se participa en el mercado global; enlaces cuyo apoyo a las Tecnologías de la Información y Comunicación generan situaciones en el comercio, en lo laboral, entre otras, que ameritan regulación. Tal es el origen del Derecho Informático.

* Candidata a Doctora en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente en la Facultad de Derecho en la Universidad Veracruzana (UVER), Campus Xalapa

De esa interacción de sujetos enfocada a una diversidad de ámbitos, a los que por naturaleza de vincula este saber jurídico, es regulada por varias leyes, y normas caracterizadas por la desterritorialidad, pluralismo normativo cuyo aprendizaje es un reto que el estudiante logra enfrentar a través de la percepción reflexiva y totalizadora del pensamiento crítico.

Escenarios y conceptos que procuran un proceso de aprendizaje de los saberes jurídicos, que abandona la clase tradicional, memorista, pasiva, para situarse en un proceso de enseñanza aprendizaje cuya naturaleza comunicativa, procura el desarrollo integral del estudiante.

1. La informatización de la sociedad y los nuevos contenidos de juridicidad.

Hoy por hoy, nuestro diario hacer se encuentra relacionado con el desarrollo de la Ciencia y la Tecnología, aplicado a la multiplicación, modificación organización y control de la información, por tanto, el Derecho en cuanto sistema de regulación social, enfrenta el proceso de esa informatización en que se encuentra sumergida la sociedad, cuyos integrantes al constituir la acción de reflexionar sobre tal o cual información construyen esquemas, que al ser realimentados con más información, evolucionan; construcción donde interactúan varios agentes, ocupados de operar acervos de información o generar conocimientos a partir de dichos acervos.

Para posibilitar el control del impresionante material normativo que hoy integra el Derecho vigente en un subsistema, son usadas las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), como sus diversas aplicaciones, por lo cual, tanto los estudiantes como profesionales y estudiosos del derecho, enfocan su atención hacia los contenidos de la Informática; la cual es parte de la Cibernética, que es la ciencia de la comunicación y el control,¹ definiéndola Julio Téllez como: “un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automatizado de la información para una adecuada toma de decisiones”²

Juan José Ríos Estavillo considera indispensable diferenciar entre Cibernética e Informática y al efecto coincide con Héctor Fix Fierro, quien expresa que:

“...la informática, como tal, ha sido comúnmente considerada como una ciencia particular integrada a la cibernética. Aunque esta opinión parece en sí misma lógica y evidente, existen sin embargo diferencias de objeto y finalidad entre ambas disciplinas. En efecto, la cibernética se ocupa de los fenómenos de control y comunicación, lo cual puede traducirse en el diseño y construcción de máquinas, y más recientemente, desemboca en los problemas de la llamada “inteligencia artificial”. La informática, por su parte, si bien hace uso de las tecnologías desarrolladas con auxilio de la cibernética, se centra en cuestiones de tratamiento, representación y manejo automático de la información.”³

Tal dinámica de representación y manejo automático de la información, es regulada por el derecho, para equilibrar los intereses que dichos esquemas originan, pues como Mario G. Lozano ha dicho, el Derecho no sólo sufre el progreso técnico,

¹ Stafford Beer, *Cibernética y administración*, En: Julio Téllez Valdés, ob. cit. p. 3

² Julio, Téllez Valdés, *Derecho Informático*, 3ª.ed., Ed.Mc Graw Hill, México, 2003, pp. 3-4.

³ Juan José Ríos Estavillo, *Derecho e Informática en México*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: Varios, No. 83, 1997. pp.39-40

sino que también hace uso de él: como relación intersubjetiva, en realidad, está directamente implicado en toda innovación de las comunicaciones.⁴; surge así un nuevo tipo de Derecho y de técnica jurídica,⁵ el Derecho Informático.

El ambiente así concebido, carece de fronteras y desafía el tiempo, colocando al mundo en un cambio vertiginoso, al mismo tiempo incluyente y excluyente, pero quienes ahí operan, son parte de la denominada sociedad de la información y el conocimiento.

Julio Téllez Valdés al referirse a la sociedad de la información y del conocimiento ha dicho que, “comprende el uso masivo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) para difundir el conocimiento y los intercambios en una sociedad”⁶. También se le ha conceptualizado como, una iniciativa en la que se vienen sumando la mayor parte de los países, para apoyar el desarrollo humano mediante el uso de las tecnologías de información y comunicaciones, generando oportunidades para el desarrollo de servicios: en el aprendizaje, la salud, la economía, el gobierno y otros servicios afines.

Por lo tanto al dirigir la atención hacia qué enseñar y cómo enseñar ese innovador contenido de juridicidad, conduce a visualizar desarrollar un proceso comunicativo en un ambiente totalmente abierto, motivando a los estudiantes para que expresen su creatividad y abandonen la repetición de esquemas, impulsando la observación del sistema para construir el conocimiento; pues como señala Piaget “todo conocimiento supone un aspecto reelaboración nueva y el gran problema de la epistemología, consiste en conciliar esta creación de novedades con el doble hecho de que, en el terreno formal, se convierten en necesarias apenas elaboradas y, en el plano de lo real; permiten (y son las únicas que lo permiten) la conquista de la objetividad”.⁷

2. Concepto de Derecho Informático.

Para referirse a este nuevo contenido de juridicidad, Antonio-Enrique Pérez Luño hace referencia al Derecho Informático o Derecho de la Informática, como “...una materia inequívocamente jurídica; conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos, integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática.”⁸ Para Julio Téllez “...es una rama de las ciencias jurídicas que considera a la Informática como instrumento (Informática Jurídica) y objeto de estudio (Derecho de la Informática).⁹

El significado subyacente en ambas definiciones, como en otras expresadas, es la regulación del manejo de la información con apoyo en los recursos tecnológicos, con lo cual tales datos o archivos construidos adquieren un valor plus, o sea se regula el bien informacional.

⁴ Cfr. Mario G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho Europeo y Extranjero*, Vers. Castellana de Alfonso Ruiz Miguel, Ed. Debate, Madrid, 1993.pp.41-43

⁵ Cfr. Miguel Atienza, *Introducción al Derecho*, Ed. Barcanova, (1985) pp.347 y ss.

⁶ Julio Téllez Valdés, *Derecho Informático*, ob. cit., p. 6.

⁷ Jean Piaget, *La epistemología genética*, Tr. Juan Antonio del Val, Ed. Ariel, Colec. Beta, Barcelona, 1970. p. 8

⁸ Antonio-Enrique Pérez Luño, *Manual de Informática y derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996. p18

⁹ Julio Téllez Valdés, *Derecho Informático*, ob. cit., p.17

3. La información en la perspectiva informática.

En términos generales, la palabra información en su raíz latina **in-formare**, significa poner en forma; es el femenino de la acción y efecto de informar;¹⁰ en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el artículo 19, se le da la connotación vinculada a la libertad, refiriéndola a la opinión y expresión de ideas por cualquier medio que sea; por lo tanto, en su transmisión el hombre puede emplear un signo o la combinación de signos. Desde la perspectiva informática, la información “es un proceso físico-mecánico de transmisión de datos como elemento referencial acerca de un hecho. En sentido general, un conjunto de datos constituye una información.”¹¹ Entonces, esos hechos nacientes en la una perspectiva histórica, económica, política, cultural, científica, o técnica de la sociedad, constituyen los datos en cada uno de esos ámbitos.

Esa realidad en México emerge con asimetrías, debido a que es uno de los países menos adelantados, por tanto solo parte de la sociedad se encuentra inmersa en las tecnologías de la información y la comunicación, desigualdad que ha sido identificada como **brecha digital**.¹²

Pero a pesar de tal disparidad, es abundante la producción de información, pudiéndose asumir su control en dos sentidos: cualitativo y cuantitativo. En sentido **cualitativo**, señala Julio Téllez en su obra *Derecho Informático*, la información se concibe como un conjunto de datos, elemento en las relaciones del hombre, objeto de intercambio y tendentes a una ordenación; por lo cual **constituye un factor de organización**. En sentido **cuantitativo**, la información es la **medida de disminución de incertidumbre** del sujeto respecto de los objetos en un momento determinado. El autor en cita refiere la teoría de la medida de la información postulada por R. Hartley en su obra *Transmisión de información* escrita en 1928, la cual considera que puede medirse la utilidad de la información, “según la cantidad de información proporcional al número de alternativas que se dispongan en un momento determinado.”¹³ La medida Hartley, como se conoce, es considerada en las técnicas, tendentes a la toma de decisiones rápidas y precisas que permiten mayor acercamiento entre la razón y la experiencia.¹⁴

En consecuencia, cuando el control de la información jurídica se asume la perspectiva técnica, identificada como Informática Jurídica; así cuando se orienta al pensamiento con fines heurísticos, se estará en presencia del Derecho Informático.

4. Vertientes del Derecho Informático.

En las vertientes de este saber jurídico: Informática Jurídica y Derecho de la Informática se tiene que considerar lo siguiente.

Por Informática Jurídica, se entiende, **la utilización de los ordenadores en el Derecho**, surge en 1949 en los Estados Unidos, cuando Lee Loebinger publica su famoso y ya clásico artículo titulado *Jurimetría. El nuevo paso hacia delante*,

¹⁰ Ramón García Pelayo y Gross, *Pequeño Larousse ilustrado*, Ed. Larousse, 1992. p.577.

¹¹ Julio Téllez Valdez, *Derecho Informático*, ob. cit. p.58.

¹² Cfr. Manuel Castells, *La galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Ed. Plaza Janés, Madrid, 2001. pp.275-299. Julio Téllez Valdés, *Derecho Informático*, ob.cit. p. 8,

¹³ Julio Téllez Valdez, *Derecho Informático*, ob. cit. pp.58-60

¹⁴ Julio Téllez Valdez, *Derecho Informático*, ob cit. pp.58-60

aplicándola desde 1959, hasta que en 1973 surge el sistema LEXIS, el cual hasta ahora es el sistema de Informática Jurídica más rentable en el mundo.¹⁵

Ha recibido diversas denominaciones; en Europa las primeras publicaciones sobre este contenido, llevaron títulos como: *Cibernética jurídica*, *Computadoras y Derecho*, *Electrónica y Derecho*, *Automatización y Derecho*, surgiendo además el primer sistema CREDOC en 1960.¹⁶ Mario G. Losano le llamó Juscibernética, en México se le denominó Jurismática, sosteniéndose hasta ahora el de Informática Jurídica creado por los franceses.

Julio Téllez Valdés, define la Informática Jurídica como: "...la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto de estudio e investigación de los conocimientos de la Informática general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación."¹⁷

Héctor Fix Fierro la considera como la aplicación de la informática a los procesos de creación, conocimiento y aplicación del derecho.¹⁸

Pero la simple captura y organización automatizada de la información jurídica, no es Informática Jurídica, porque para desarrollarle se requiere del raciocinio jurídico, análisis del discurso jurídico, aplicación de la teoría de los sistemas y aplicación de la teoría de la información, entre otros elementos¹⁹; ya se trate de Informática Jurídica Documentaria, llamada también Documental que es la modalidad más antigua; Informática Jurídica de Control y Gestión, nombrada por otros estudiosos, Informática de Gestión o de la Informática Jurídica Metadocumentaria, Metadecisional, de Ayuda a la Decisión, o sistemas de expertos legales.

Por cuanto se refiere al Derecho de la Informática. Julio Téllez la define, "como el conjunto de leyes, normas y principios aplicables a los hechos y actos derivados de la Informática"²⁰

5. El pluralismo jurídico en el Derecho de la Informática.

Atendiendo a la identificación que Julio Téllez sobre esta vertiente, puede apreciarse uno de los impactos que el proceso de globalización económica produce en el Derecho, colocándolo en un momento de transición, precisamente en lo relativo al manejo de sus fuentes formales y del conocimiento jurídico, que conlleva a atender al pluralismo jurídico prevaleciente en este Siglo XXI.

Tal replanteamiento lleva implícito el cuestionamiento del concepto de soberanía, como concentración de poder, expresado en las amplias funciones del Estado, que emerge con el "surgimiento del Estado nacional moderno, en contraposición al pluralismo feudal y a la pretensión imperialista de la Iglesia, implica la aspiración de la exclusividad de cada ordenamiento jurídico estatal en el respectivo espacio delimitado territorialmente. Es en tales circunstancias que se construye el concepto clásico de soberanía del Estado como poder político y orden jurídico supremos e incuestionables

¹⁵ Julio Téllez Valdez, Ob. Cit. p. 18 y ss.

¹⁶ Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Ed. Barcanova, (1985) p.347 y ss.

¹⁷ Julio Téllez Valdez, *Derecho Informático*, ob. cit. p.19

¹⁸ Héctor Fix Fierro, "Informática y documentación jurídica", En: *El Derecho de la Informática en relación con el Proyecto de Ley Federal de Protección de Datos Personales*, por José de Jesús Neri Sánchez, Centro de Especialización Judicial, Poder Judicial del Estado de Tabasco, Colec. Serie Investigación, No. 4, Villahermosa, Tabasco, México, octubre, 2002.

¹⁹ Juan José Ríos Estavillo, *Derecho e Informática en México*, ob. cit. p.45

²⁰ Julio Téllez Valdez, *Derecho Informático*, ob. cit. p.21.

en determinado territorio. Se vuelve casi inconcebible, entonces, la existencia de cualquier otro orden político-jurídico supraordenado o coordinado al del Estado, en el espacio en que éste se encuentra en vigor”²¹

Otra cuestión es la relativa a la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, o viceversa. Tal jerarquización normativa dentro del proceso de integración económica seguido por México a través de Tratados de Libre Comercio, conlleva en no perder de vista la ley marco, que para el caso de los acuerdos pactados, se invoca el derecho interno; surgiendo así esquemas que representan marcos regulatorios conformados por disposiciones tanto de derecho externo, por ejemplo el protocolo por el que se constituye la Organización Mundial de Comercio (OMC), los Tratados de Libre Comercio (TLCAN, TLCUE, el Tratado de Viena, entre otros) como de derecho interno Ley de la propiedad industrial, Ley sobre Derechos de Autor, Código Penal Federal, Código de Comercio y Ley Federal de Protección al consumidor en materia de comercio electrónico, entre otros; en cuyo contenido se puntualizan los conceptos informáticos, como por ejemplo: la llave pública, llave privada, lector óptico, encriptar.

Además menciona los principios, que son los postulados emitidos por jueces, magistrados y estudiosos aplicables en este saber. Por último la definición transcrita distingue entre hechos y actos, para diferenciar entre las aplicaciones cuyo resultado es inimputable al hombre y otras que si lo son; ejemplo distinguir el hecho como la caída del sistema, de un acto, entrar a un sistema sin autorización.

Otro aspecto que se relaciona con la complejidad que tal pluralismo aporta al discurso jurídico, sea que se trate en la interface de almacenamiento-recuperación de la información jurídica con alcance técnico o heurístico radica en la sintaxis; porque por ejemplo, en Derecho la palabra Constitución, puede aplicarse para hacer referencia a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o bien a la conformación de una sociedad mercantil; o cuando es utilizado un sinónimo, como por ejemplo cementerio, camposanto, panteón; presunto indiciado, presunto inculpado; artículo, numeral, precepto; entre otros muchos más, lo cual puede originar **el ruido informático**, que es el recuperar abundante información que no satisface la consulta que se hizo; o **el silencio informático**, que sucede al obtener poca o nada de información sobre la consulta externada.

Transiciones observables en el Derecho, que deben atenderse en los contenidos profesionalizantes, pues como ya lo he dicho en escritos anteriores, hoy el mundo ya no está dividido entre capitalismo y comunismo, sino entre detentadores del saber, de la técnica y, los menos, consumidores de bienes o usuarios de servicios, es decir, el conocimiento es la fuente de poder.²²

²¹ Marcelo Neves, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina*, en: *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Jorge Witker, Comp., 2ª ed., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Colec. Serie J: Enseñanza del Derecho y material didáctico, Núm 1, México, 1995. pp.158-159.

²² Cfr. Sara Luz C. Quiroz Ruiz, *Los delitos informáticos regulados por el Código Penal veracruzano en el contexto del Derecho Informático*. En prensa. *El Preseminario y el Seminario en la Cumbre de París*. Maestría en Derecho Económico, BUAP, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Puebla, México, 1999.

6. Los procesos de enseñanza y los procesos aprendizaje: un proceso comunicativo.

Otra de las transiciones observables en el Derecho, se refieren a su proceso de enseñanza aprendizaje, donde ya no tienen cabida los esquemas de la escuela tradicional, donde se le imponía al alumno el trabajo, se le hacía trabajar, la actividad intelectual y moral del sujeto se ligaba siempre al profesor; ahora la pedagogía de la acción, que es la etapa más reciente de la ciencia de la educación, concibe lo fecundo del proceso educativo, como una actividad que surge de manera espontánea o sugerida por el docente, procurando la motivación del estudiante para compartir experiencias educativas; lo cual para el Derecho significa visualizar un sistema jurídico sin fronteras, y sumamente flexible, vinculado estrechamente con la sociedad, donde la interacción de los sujetos aprovechando las TIC, se traduce en un constante hacer o rehacer el conocimiento, conjugando la dogmática jurídica, que representa la tradición, con los innovadores contenidos de juridicidad que constituye la premisa de innovación.

Ahora en el lugar de la innovación, el derecho informático se orienta a disminuir o equilibrar, la problemática emergente de los intereses relativos a la protección al ambiente, la política, la seguridad y la economía, contenidos que se mezclan y a la vez constituyen macroproblemas de donde surge una complejidad, imposible de enfrentar con estudios segmentados, pero sí en una red de saberes jurídicos, por ejemplo del ámbito laboral, penal, civil, administrativos; vinculados con la economía, la publicidad, la comunicación, la bioética, que reclama del estudiante su interés por el núcleo en torno al cual debe enfocar su interés.

Por ello las políticas públicas en México, dentro del ámbito de la educación superior trabajan para resolver ¿cómo ajustar las técnicas educativas a sujetos tan parecidos y a la vez tan diferentes?; insistiendo en los saberes significativos para que el estudiante se desarrolle plenamente.

A ello se debe que los procesos de enseñanza y los procesos de aprendizaje, sean un proceso comunicativo establecido entre el binomio compuesto por el docente-investigador y el estudiante, porque interactúan en un plano de coordinación y sosteniendo un estrecho vínculo participativo, manteniéndose ávidos por entrelazar las reflexiones de lecturas agotadas y las vivencias profesionales, pues ambos tienen presente, que a pesar de vivir un tiempo de prisa, el interés despertado y procurado en el aula, le dará significación de por vida a ese aprendizaje y así contribuirá al desarrollo humano.

En el Derecho Informático tal proceso se va dando inevitablemente, pues tanto el docente-investigador como el estudiante forman parte de la sociedad de la información y del conocimiento, ese binomio se ocupa en satisfacer inquietudes generadas con relación al procesamiento automatizado de la información jurídica, sea para organizarla o con alcance heurístico.

La complejidad que caracteriza al aprendizaje del Derecho Informático, proviene del pluralismo normativo gestado por el derecho interno y externo, lo cual es abordado por el docente-investigador y el estudiante, con el desarrollo de acciones constitutivas de esquemas, que al ser realimentados con la reflexión de los cambios percibidos en el bien informacional, atribuibles a los operadores o a quienes procesan la información, ocasionan la reequilibración en el pensamiento de los sujetos y en consecuencia, la construcción de nuevos esquemas; lo cual revela que en el Derecho Informático nunca existen comienzos absolutos.

7. El seminario en la Didáctica Jurídica aplicable al Derecho Informático.

Toda vez que en el Derecho Informático prevalece lo dando y no lo dado, el preseminario y el seminario, son los métodos adecuados para el aprendizaje de este saber jurídico, porque en ellos prevalece la flexibilidad permisiva de la creatividad y la innovación, que también privilegia al Derecho Informático.

El preseminario fue definido por la Primera Conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericanas celebrada en ciudad de México en abril de 1959,²³ método que conjuntamente con el seminario considero imprescindibles para que el estudiante alcance una formación integral, pues motiva a que los estudiantes a partir de un tema que el docente les proponga, lleven a cabo el trabajo de análisis iniciando por ese texto en concreto, reúnan información, efectúen la discriminación de esa información, hasta presentar como producto, una síntesis o tesina para evaluación.

Un proceso de aprendizaje con tales características, puede desarrollarse de la manera siguiente: al estudiar la vertiente de la Informática Jurídica en su modalidad de Informática Jurídica de Administración y gestión, es seleccionada en el ámbito del Derecho Administrativo, la institución de la Administración Pública Federal, sugiriéndole al estudiante la revisión bibliográfica sobre la misma, así como su marco regulatorio, conformado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a partir del cual puede preferir profundizar su observación en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en la Secretaría de Economía, o en la Comisión Federal de Competencia, o la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, o sea, se lleva a la práctica el e-gobierno. Si acaso abre la Web de la Secretaría de Economía situándose en las prácticas de comercio internacional o en el listado de Tratados de Libre Comercio, sus esquemas de pensamiento van modificándose y provocarán nuevas reflexiones que conectará con la Ley de Comercio Exterior, Ley Aduanera, además de instancias propias de la Secretaría de Hacienda.

En esa situación escolar, los estudiantes motivados, construyen individualmente el conocimiento, junto a otros, como el docente, los compañeros, o ayudados por otros, en un proceso de comunicación ante un ambiente problematizador y de constante elaboración de probables y posibles explicaciones que conducen a resultados parciales, se logra con la articulación de competencias alcanzadas en el aula y las emanadas de la vida misma, desarrollo de múltiples inteligencias según H. Gagner, experiencias educativas que se traducen en menos horas-clase y más horas de aprendizaje, lo cual contribuirá a formar un estudiante con autonomía, con capacidad de autoaprendizaje, formación integral que lo hará conservar su identidad nacional y al mismo tiempo lo impulsará a participar como un estudiante cosmopolita.

Intervienen en esa articulación, las habilidades del pensamiento y el pensamiento crítico. Apunta Lyle Figueroa de Katra, **que el pensamiento crítico, es una forma de razonamiento capaz de rebasar los límites de la realidad**, de reconocer el agotamiento de los conceptos utilizados y ascenderlos, y de usar la razón, la imaginación creadoramente, tratando de superar la transmisión reproductora y lineal

²³ Sara Luz Quiroz Ruiz, "El Preseminario y Seminario en la enseñanza-aprendizaje del Derecho", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 1999. p.9 y ss.

de conocimiento, para constituirse en un pensar comprensivo, interpretativo, creador; poseedor de un carácter dinámico e histórico.²⁴

No se llega a esa meta, si el trabajo intelectual consiste en reproducir lo expresado por otros, que es distinto al compartir el trabajo de otros, diferente al de motivar para que afloren las capacidades, que traerán como resultado alguno de los ámbitos del pensamiento crítico citados, posición opuesta a la enseñanza tradicional, caracterizada por la ausencia de participación, estática y rigorista.

En esa enseñanza activa, el preseminario se auxilia de las habilidades del pensamiento, como las estrategias que sirven para abordar futuros problemas, posibilitando la formación del estudiante en el eje aporético, lo cual invariablemente le llevará al seminario, método que permite trabajar la información acumulada, dentro del eje heurístico de su formación, completándola al agotar el eje axiológico, al identificar todo el acervo de conocimientos con los requerimientos del ambiente de su entorno.

Depende del talento natural de la persona, independientemente de las especialidades, el que se puede hablar de un **experto**, como aquella persona que alcanzará rápidamente un alto nivel de competencia dentro de una especialidad, independientemente de si sus métodos son novedosos o experimentales; se dirá que es **creativa**, cuando la persona suele resolver los problemas o elaborar productos en una especialidad de una manera que en principio se considera novedosa, pero que en último término se reconoce como adecuada para la especialidad.²⁵

9. Reflexión final.

El aprendizaje de este saber jurídico, supone módulos agotados, cuyo aprendizaje enlazará el estudiante a con contenidos por conocer, pues sólo así podrá operar plenamente, en la amplitud y profundidad requeridas, el contenido inherente a la protección del bien informacional, que es un bien intangible y por tanto, su tratamiento resulta complejo.

Bibliografía

FIGUEROA DE KATRA, Lyle, et. al. “*Pensamiento crítico y universidad: algunas reflexiones*” por Lyle Figueroa de Katra, Pedro Linares Fernández y Jerónimo Reyes Hernández. Xalapa, Ver., Gaceta Universitaria, Universidad Veracruzana, Nueva Época, No. 10, junio, 1998.

GARDNER, Howard. *Inteligencias múltiples. La teoría en la práctica*. Barcelona, Ed. Piados, 1998.

²⁴ Lyle Figueroa de Katra, Lyle, et.all. “*Pensamiento crítico y universidad: algunas reflexiones*” por Lyle Figueroa de Katra, Pedro Linares Fernández y Jerónimo Reyes Hernández. Xalapa, Ver., Gaceta Universitaria, Universidad Veracruzana, Nueva Época, No. 10, junio, 1998. p.23.

²⁵ Howard Gardner, *Inteligencias múltiples. La teoría en la práctica*. Barcelona, Ed. Piados, 1998. pp. 68-69

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y Héctor Fix Fierro, “¡Tan cerca, tan lejos!”. *Estado de Derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nuevo serie, año XXXIII, núm. 97, enero-abril, México, 2000.

LOSANO, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho Europeo y Extranjero*, Vers. Castellana de Alfonso Ruiz Miguel, Ed. Debate, Madrid, 1993.

NEVES, Marcelo, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina*, en: *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Jorge Witker, Comp., 2ª ed., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Colec. Serie J: Enseñanza del Derecho y material didáctico, Núm 1, México, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Manual de Informática y derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996

PIAGET, Jean, *La epistemología genética*, Tr. Juan Antonio del Val, Ed. Ariel, Colec. Beta, Barcelona, 1970.

_____, *Psicología y Pedagogía*, Tr. Francisco J. Fernández Buey, 3ª.ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1973

QUIROZ RUIZ, Sara Luz C., “*El Preseminario y Seminario en la enseñanza-aprendizaje del Derecho*” Puebla, Pue., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 1999.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José, *Derecho e Informática en México*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: Varios, No. 83, 1997.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Algunas consideraciones sobre la docencia e investigación jurídica en México*, Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, febrero, México, 2004

TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho Informático*, 3ª.ed., Ed. Mc Graw Hill, México, 2003

Perspectiva de Género y Poder Público

Dra. Ana Lilia Ulloa Cuellar*

RESUMEN: El artículo presenta un análisis sobre las relaciones entre el poder público y las mujeres desde el paradigma de género.

Para esto el trabajo presenta un primer apartado donde se parte de entender la perspectiva de género como un paradigma epistémico, seguido de otro apartado que se ocupa de analizar el término género como categoría analítica.

La autora sostiene entre otras cosas que el poder público democrático es un poder político que reconoce la igualdad entre hombres y mujeres y contiene una serie de políticas públicas con perspectiva de género. En el tercero y último apartado la discusión sobre el poder público y la perspectiva de género se centra en el estado Mexicano a propósito de los 50 años del reconocimiento del voto de las mujeres en dicha Nación.

Palabras claves: Poder Público, Poder Político, Poder Público Democrático, Género, Paradigma, Categoría analítica.

ABSTRACT: *An analysis is made of the relations between public power and women from the paradigm of gender.*

For this purpose, its first issue is an attempt to understand the perspective of gender as an epistemic paradigm followed by a second one where the term gender is analyzed as an analytic category.

The author claims among other things that democratic public power is a political power that acknowledges the equality of men and women, and a series of public politics with gender perspective is stated. In the third and last issue, the discussion on public power and the gender perspective focuses on the Mexican state, on the occasion of the 50th anniversary of the recognition of women's right to vote.

Key words: *Public power, Political power, Democratic public power, Gender, Paradigm, Analytical category.*

SUMARIO: Introducción 1. La perspectiva de género como un paradigma epistémico. 2. Género como categoría analítica. 3. Poder Público democrático. Bibliografía.

* Doctora en Filosofía e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Introducción

La lucha organizada de las mujeres por demandas propias en México se remonta muchos años atrás del 17 de octubre de 1953, en que se modifica el Art. 34 constitucional y se logra la ciudadanía de las mujeres: votar y ser votadas. Ya desde la segunda mitad del siglo 19 está presente en forma significativa la mano de obra femenina en las fabricas textiles y tabacaleras. Y desde 1857 se da en Veracruz y Jalisco importantes huelgas en donde algunas de las peticiones son la reducción de la jornada, la licencia de maternidad y el aumento al salario así como la protección a los hijos de las trabajadoras.

De 1880 a 1885 se desarrolla una intensa lucha sindical en todo el país y para 1934 el acceso al poder del grupo Cardenista modificó significativamente la dinámica general de los movimientos de mujeres lo cual da lugar a una amplia movilización social lográndose una diversidad de acuerdos políticos básicos, por su puesto, a través de un proceso gradual.

Y como sabido es en 1952 Dolores Duarte, durante el primer Congreso Femenil Nacional realizado en México, le pide al entonces candidato a la Presidencia de la República Adolfo Ruiz Cortinez, derechos ciudadanos plenos para que las mujeres pudieran votar y ocupar puestos de elección popular¹.

De manera que como se deja ver, la reforma del Art. 34 es producto de una larga lucha de las mujeres mexicanas y aunado a esta lucha se encuentra la evolución de una propuesta teórica-practica que da fundamento filosófico a estos movimientos sociales. Se trata de la corriente teórica-práctica del feminismo. Corriente que fue madurando a lo largo de los años y que hoy ha dado lugar al paradigma epistémico de género.

Con motivo de la celebración de los 50 años del voto de la mujer en México expongo, a continuación, una serie de reflexiones sobre la relación entre el poder público y las mujeres desde esa perspectiva que nos proporciona el actual paradigma de género.

1. La Perspectiva de Género como un Paradigma Epistémico

Con la nueva filosofía de la ciencia y a partir de las propuestas de *La Estructura de las Revoluciones Científicas* de Thomas Kuhn,² se reconoce que el trabajo científico siempre se hace desde un horizonte que apunta necesariamente a una serie de compromisos: compromisos ontológicos, epistemológicos y axiológicos. El resultado de esta interrelación de compromisos y perspectivas conforman modelos conceptuales o programas de investigación llamados paradigmas.

Estos paradigmas de investigación determinan la perspectiva general bajo la cual se ve el mundo: determinan los intereses de construir X ó Y teorías, así como los problemas que deben resolver y a qué campo de fenómenos deben aplicarse; establecen también los

¹ Para un estudio detallado de la historia de las luchas de las mujeres véase: Esperanza Tuñón Pablos, *Mujeres que se organizan*, UNAM, , México, 1992.

² Véase: Thomas Kuhn, *Estructura de las Revoluciones Científicas*, , Fondo de Cultura Económica, México 1971.

criterios para la evaluación de las mismas teorías: son entonces los lentes con que se ven los fenómenos y se conceptualiza la experiencia. Contienen normas que se aplican dentro de los contextos científicos propiamente dichos; normas que forman parte de los modelos de científicidad y evaluación de teorías científicas. Incluyen valores a los cuales se orientan las acciones del trabajo científico los cuales funcionan como indicadores para la elección de teorías. Los paradigmas contienen fines en función de los cuales se produce, evalúa y acepta el conocimiento científico.

Importante resulta resaltar que todos estos elementos que forman parte de los marcos conceptuales no son fijos ni ahistóricos, y todos ellos a su vez, conforman una concepción de la naturaleza del conocimiento científico, una justificación de éste conocimiento, así como una concepción del rol de los científicos. Contienen también ideas sobre el progreso en la ciencia, la verdad, la objetividad, el proceso y la racionalidad.

Por otra parte tenemos que a partir de la década de los 60's, en México se empieza a gestar la renovación del movimiento feminista que exige entre otras cosas el reconocimiento de la mujer como un ser con dignidad y aunque diferente del sexo masculino con derechos humanos igual que los varones. Movimiento feminista que a partir de las últimas décadas del siglo pasado se conformó en todo un modelo o paradigma de investigación científica llamado precisamente paradigma o perspectiva de género.

Conectada con los paradigmas kuhnianos tenemos que la perspectiva de género es un modelo teórico-conceptual a través del cual podemos re-examinar una variedad de problemáticas sociales y construir soluciones alternativas. La perspectiva de género es un paradigma de investigación científica que lleva a cabo análisis político-culturales de las problemáticas sociales de nuestro entorno mediato e inmediato; desde lo local hasta lo internacional pasando por los ámbitos estatales y nacionales.

Ahora bien, la perspectiva de género entendida como un paradigma de investigación científica para el campo social, sostiene las siguientes tesis:

1. La distinción entre género masculino y género femenino, es decir, la distinción entre mujeres y hombres, no es una distinción biológica sino una distinción cultural esto quiere decir, que la distinción y establecimiento de los roles que deben cumplir las mujeres y los que deben cumplir los hombres no es, natural, ni necesaria sino una distinción arbitraria establecida por el género masculino.
2. Esta distinción entre lo masculino y lo femenino se dio y se sigue dando en contextos patriarcales.
3. La cultura patriarcal (la cultura de dominación masculina) además de establecer una distinción arbitraria entre el género masculino y el género femenino ha establecido relaciones de inequidad, de opresión y completamente sesgadas entre estos géneros.
4. Y en este contexto patriarcal los hombres establecen también las primeras relaciones básicas de opresión y de poder.

Con los estudios de género se descubre que las relaciones de género son las primeras relaciones básicas de desigualdad y de inequidad que dan lugar a una cadena reproductiva de otras relaciones de desigualdad.

Las relaciones genéricas de poder son entonces relaciones funcionales recursivas.

Otro de los grandes aciertos del pensamiento feminista contemporáneo es haber subvertido la concepción tradicional de la política al plantear que lo personal y lo privado también es público.

Por otra parte tenemos que desde la perspectiva de género se sostiene entre otras, la importancia de reconocer los derechos de las mujeres como derechos humanos. El artículo 4 de nuestra Carta Magna afirma que “El varón y la mujer son iguales ante la Ley” sin embargo esta igualdad no se da en los hechos, pues las condiciones de vida de muchas mujeres mexicanas aún no reflejan el principio de igualdad de género que establece dicho artículo. De hecho la discriminación de las mujeres en nuestro país, se traduce en trato diferente y con ello disminución de oportunidades. A la mujer se le restringe por el simple hecho de ser mujer, es por que se afirma que los derechos humanos de las mujeres aun no son una realidad.

El reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos es uno de los resultados de las luchas feministas. Es gracias a estas luchas que en la conferencia mundial de DDHH de Viena en 1993 se reconoce que “Todos los derechos de las mujeres deben ser considerados como derechos humanos dada su condición de género” reconocimiento que fue ratificado en la V Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Beijing, China en 1995.

Por otra parte tenemos que, la perspectiva de género, entendida como un paradigma de investigación científica para los problemas sociales contemporáneos, contiene una serie de categorías analíticas; algunas de estas son: “empoderamiento”, “sororidad”, “cuerpo vivido”, etc.

De manera que así como el paradigma marxista tiene o tuvo sus categorías analíticas de “explotados”, “explotadores”, “proletario”, “burgués”, “plusvalía”, “capital”, “estructura económica”, “superestructura”, “etc.” Y, por su parte, el psicoanálisis de Freud contiene dentro de sus categorías analíticas al “yo”, “el ego”, “el subconsciente”, etc. Así, también, la perspectiva de género, entendida como un paradigma de investigación en ciencias sociales, contiene categorías analíticas.

Pero la principal categoría analítica de la perspectiva de género es justo el concepto de género. Veamos con detalle esto.

2. Género como categoría analítica

Como acabamos de ver, género puede remitir a todo un paradigma de investigación científica pero también puede remitir a un concepto clave. Cuando género remite a un concepto clave entonces se convierte en categoría analítica del paradigma que lleva el mismo nombre. Ahora bien ¿Qué podemos decir de género como categoría analítica?

En 1970 el término género se convierte en una categoría de análisis tremendamente liberadora. Esta categoría permite a las mujeres deshacerse del enfoque biológico y natural que reina en toda la problemática de la mujer. Gerda Lerner ha descrito el género como “la definición cultural de la conducta definida como apropiada a los sexos en una sociedad dada en una época dada. Género es una serie de roles culturales.” “Es un disfraz, una

maskara, una camisa, de fuerza en la que hombres y mujeres bailan su desigual danza³”. De manera que lo que conocemos como “hombre” y lo que conocemos como “mujer” no consiste en un conjunto de atributos naturales sino que es el resultado de construcciones culturales.

La categoría de género nos ha ayudado a analizar y despejar el horizonte de mediaciones viriles igualmente ha ayudado a criticar el androcentrismo, a situar su parcialidad a un sujeto masculino que se presumía neutro y universal.

Autoras como María Milagros Rivera señalan que “...la categoría de género permitió a las mujeres desnudar metafóricamente su cuerpo, deshacerse de un entramado cultural densísimo tejido en torno a el y que circulaba con la etiqueta de natural.”⁴

Es de esta forma como desde la perspectiva o paradigma de género, la categoría que lleva el mismo nombre (categoría de género) lleva a deconstruir la supuesta base biológica de los comportamientos femenino y masculino, y, por tanto, a afirmar que el género es construido socialmente; lo que equivale a decir que los roles masculino y femenino son producto de procesos sociales y culturales.

La categoría de género devela también que las relaciones genéricas entre masculino y femenino son relaciones de poder, de opresión y de dominación. Son las primeras relaciones de desigualdad que dan lugar a toda una cadena reproductiva de relaciones que son también relaciones de desigualdad, de opresión y de poder. Y con esto último nos conectamos con el asunto del Poder Público: si las relaciones de género son las primeras relaciones básicas de poder entonces, son, como señalan los propios estudios de género, la génesis de un poder mayor a saber, el Poder Público. Veamos como es esto.

3. Poder Público Democrático

Si identificamos al Poder Público como un poder político podemos entonces caracterizar al poder público como la capacidad generalizada de asegurar el cumplimiento de las obligaciones vinculadoras de un sistema de organización colectiva, en el que las obligaciones están legitimadas por su coesencialidad con los fines colectivos, y por lo tanto pueden ser impuestas con sanciones negativas, sea cual fuere el agente social que las aplica. El poder público se convierte así en una propiedad del sistema jurídico-político. Es el “medio circulante” político, análogo a la moneda en economía, anclado por una parte en la institucionalización y en la legalidad de la autoridad, y por la otra en la posibilidad efectiva del recurso a la coacción de las normas jurídicas⁵.

En términos simples, o en palabras cristianas, podemos decir que el poder público es entonces un conjunto de atribuciones como funciones e instituciones que tiene el Estado para orientar y organizar administrativa y políticamente la vida de los ciudadanos en sociedad respaldado por un orden normativo.

³ Tomado de María Milagros Rivera, *Nombrar el mundo en femenino*, KCARIA, España, 2003, p.79.

⁴ Cfr. María Milagros Rivera, *op. cit.* P. 78-80

⁵ Véase Eric R. Wolf, *Figurar el poder*, CIESAS, México, 1998, pp.10-49 y 79-95. Michel Foucault, *Sexo, Verdad y Poder*, Materiales, España, 1978.

Ahora bien, el poder público puede ser, no siempre lo es, un Poder Público democrático. La democracia del Poder Público no se va a obtener del todo si contiene sesgos de género y si se continúa con prácticas sexistas. Urge reconocer que la ciudadanía no esta compuesta solo de hombres sino de hombres y mujeres. La legalidad y legitimidad del poder público exige así el deslinde de todo contexto patriarcal y el reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres así como, el reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos.

La caracterización del Poder Público como una esfera masculina es la principal barrera irracional para la incorporación de las mujeres a sus actividades y organizaciones.

La mujer siempre ha sido el objeto en el pacto patriarcal entre los varones por ello, reivindicar para la mujer la capacidad de pacto es lo más revolucionario que se puede reivindicar. En este pacto ellos se colocan como sujetos y nos colocan como simples objetos estableciendo como residencia de todas nuestras acciones el espacio privado de la casa.

Mientras siga vigente una cultura política masculina y un código de conducta masculino en los partidos políticos que discriminen a las mujeres no se puede hablar de una autentica transición a la democracia y el horizonte de una democracia sólida aún no se vislumbra.

La democracia no puede establecerse sobre argumentaciones excluyentes o estigmatizan tez de grupo o sectores de población. Se necesita la intervención de todos: hombres y mujeres para la construcción de una ciudadanía de género. Nuestra democracia se dará cuando hombres y mujeres en colaboración gestionen, diseñen y ejecuten las políticas públicas. Cuando estas políticas públicas se han el resultado de un quehacer compartido responsablemente.

Sin duda el 17 de octubre de 1953 las mujeres dimos un gran avance al conseguir el derecho al voto activo y por ende, la categoría de electoras; pero aún existe otra tarea, la de conquistar completamente la posibilidad de ser elegidas, pues aunque no lo prohíbe ninguna ley, existe una clara resistencia de orden cultural que dificulta enormemente el acceso a la toma de decisiones. Así, el triunfo de la lucha por el derecho de las mujeres al sufragio no se ve reflejado en mayor equidad en la vida política de México.

Hoy más que nunca, hombres y mujeres debemos fomentar los principios de solidaridad, lealtad, y respeto, compromiso y dignidad con los que se debe ejercer el Poder Público,

Construyamos medios legales que garanticen a las mujeres acceso al poder público en condiciones de equidad, en el que la democracia como forma de gobierno represente la garantía de acceso al Poder Público por medio de elecciones limpias, transparentes, y equitativas.

México no debe regir su destino a partir de prácticas mercadológicas clientelares y corporativistas. Y en nuestro Veracruz nuestro futuro o futura Líder Estatal tendrá la responsabilidad de construir la transición democrática local, una transición que se ha quedado trunca.

Nuestro territorio mexicano y en particular nuestro suelo veracruzano cuenta con mujeres talentosas y las y los universitarios sin duda tenemos la obligación de superar todo primitismo político y toda práctica de marginación en contra de la mujer.

Exhorto a todas y todos los compañeros académicos a llevar a la praxis nuestro paradigma universitario: la distribución social del conocimiento en todos los espacios de los municipios veracruzanos

La reforma del 53 por supuesto que no fue producto del azar sino el resultado de enormes esfuerzos y años de lucha de las mujeres mexicanas.

Así por ejemplo en 1916 el Estado de Yucatán reduce por decreto la mayoría de edad para las mujeres de 30 a 21 años de edad.

En 1919 en el Puerto de Veracruz se efectúa el Congreso Magisterial y la profesora Hermila Galindo, secretaria particular de don Venustiano Carranza, se pronuncia a favor de los derechos políticos de las mujeres.

En 1922 en Mérida la profesora Rosa Torres es electa regidora, siendo la primera mujer en ocupar un cargo público en el país.

En 1923 el Estado de Yucatán otorga a las mujeres el voto municipal.

En 1936 el estado de Puebla emite un decreto que reforma la Ley Electoral y reconoce los derechos de las mujeres poblanas quedando inscritas en el padrón electoral⁶.

En 1952 es Dolores Duarte quien, durante el primer Congreso Femenil Nacional realizado en México, le pide al entonces candidato a la presidencia de la república, Adolfo Ruiz Cortines, derechos ciudadanos plenos para que las mujeres pudieran votar y ocupar puestos de elección popular.

Es entonces en las arenas del espacio público donde dialogan e influyen recíprocamente los poderes del Estado y las diversas organizaciones y mediaciones de la sociedad civil.

Un espacio público no subordinado *per se* al Estado, constituye la condición necesaria para que las relaciones entre los poderes públicos y la sociedad civil se den bajo una nueva perspectiva.

Un espacio público plural y pujante que construya acuerdos, articule consensos y abra recesos en el diálogo deliberativo sin que se generen consecuencias negativas para los portadores de disonancias.

Sin duda se necesita trabajar mas y mejor desde el ámbito de nuestras responsabilidades y tareas cotidianas, como son la academia, la investigación, la familia, etc. La participación igual de mujeres y hombres en el gobierno, la economía, la cultura y la sociedad refleja el nivel democrático de la sociedad en cuestión. Una verdadera democracia no puede excluir, y no excluye, a las mujeres. Y esto vale tanto para la comunidad local y nacional como para la comunidad internacional.

Nosotras la mujeres de hoy a 50 años de la obtención del voto alzamos nuevamente la voz para exigir el reconocimiento de nuestros derechos como derechos humanos, y la urgente inclusión de todas nosotras en el diseño y aplicación de políticas publicas tomando como único indicador, nuestras capacidades.

No estamos dispuestas a aceptar mas distractores lo importante son las formas concretas reales y equitativas de género que se dan cuando de hecho las mujeres adquieren un lugar significativo en los espacios de decisión. Cuando las políticas publicas dejan de

⁶ Véase Esperanza Tuñon Pablo, *op. cit.*

ser Políticas Públicas masculinas y se convierten en auténticas Políticas Públicas democráticas.

No mas interinatos y suplencias para nuestras mujeres capacitadas, no mas subordinación genérica, no mas estigmas.

Juicio, racionalidad, moderación, empatía, discernimiento, etc. son habilidades en potencia y acto que nosotras las mujeres hemos desarrollado a lo largo de la historia. Habilidades y competencias deliberativas y dialógicas que hoy mas que nunca nuestra nación y en particular el Poder Público lo necesita. Hoy nosotras, seguimos estando y solo basta de una voluntad política para que nuestras mujeres capacitadas empiecen a ubicarse de hecho y de derecho en los espacios cúspides del poder publico. Pues el auténtico reconocimiento democrático de la dignidad y los derechos de las mujeres es el que se da en los hechos.: en la cotidianidad de la vida social, en la cotidianidad del trabajo, en la cotidianidad de la política, en la cotidianidad del municipio y la comunidad, en la cotidianidad del hogar.

Bibliografía

BEDOLLA MIRANDA, Patricia, BUSTOS ROMERO, Olga, DELGADO BALLESTEROS, Gabriela, y otros, *Estudios de Género y Feminismo II*, Editorial Fontamara, UNAM, México, 1993.

Curso Taller, *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres*, Editorial Cladem, San José Costa Rica, 1996.

FOUCAULT, Michel, *Sexo, Verdad y Poder*, Materiales, España, 1978.

GALEANA, Patricia, *La mujer del México de la transición* UNAM, México, 1994.

HARDING, S, *Ciencia y Feminismo*, Editorial Morata, España, 1996.

KUHN, Thomas, *Estructura de las Revoluciones Científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Derechos de las Mujeres Trabajadoras*, UNAM, México, 2001.

LAMAS, Marta, *Política y Reproducción*, Editorial Plaza Janés, México, 2001.

RIVERA, María Milagros, *Nombrar el mundo en Femenino*, KCARIA, España, 2003.

TUÑÓN PABLOS, Esperanza, *Mujeres que se Organizan*, UNAM, México, 1992.

WOLF, Eric R., *Figurar el poder*, CIESAS, México, 1998.

El derecho penal del enemigo

María del Pilar Espinosa Torres*

RESUMEN: En este trabajo se pretende explicar el concepto de *derecho penal del enemigo* y se dan a conocer los planteamientos críticos a favor y en contra del mismo, de acuerdo a los principales autores que lo han tratado. Ante la indiscutible presencia de normas de este tipo en todos los ordenamientos modernos, se cuestiona su legitimidad y constitucionalidad.

Palabras claves: derecho penal del enemigo.

ABSTRACT: *In this essay, it is pretended to explain the concept of criminal law for the enemy and the critical thoughts in favour or against him, according to the main authors that have dealt with it. Before the unarguable prescence of norms of this kind in all the modern laws, it's legitimacy and constitutionality are questioned.*

Key words: criminal law for the enemy

Este concepto se ha vuelto punto polémico dentro de la producción jurídica, sobre todo en las últimas décadas. En 1999 se celebró en Berlín un Coloquio de Derecho Penal, en el cual fue re introducido por Günther Jakobs, principal defensor del funcionalismo, siendo fuertemente objetado por otros participantes.¹ Francisco Muñoz Conde nos dice en qué consiste este concepto y nos impele a la búsqueda de la fuente original. Haremos una somera descripción de dos pequeñas obras básicas en las cuales estos autores y otro destacado penalista, Manuel Cancio Meliá presentan sus puntos de vista.²

Muñoz Conde establece que el *derecho penal del enemigo* es el conjunto de normas penales *sui géneris* aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico, o es autor de delitos de delincuencia organizada. Serían reglas diferentes a las del derecho penal normal o aplicables al ciudadano “normal”, infractor de otros ilícitos, el cual sí contaría con los derechos y garantías reconocidas por el derecho penal moderno consignadas en las constituciones y convenios internacionales. Se trataría de dos derechos penales distintos y con distintas finalidades o funciones, comprendidos en un mismo

* Maestra en Derecho Penal, Candidata a Doctora en Derecho Público de la Universidad Veracruzana.

¹ El volumen con todas las ponencias presentadas en la Academia de Ciencias de Berlín-Brandeburgo en esa reunión internacional del 3 al 6 de octubre de 1999 se publicó en alemán a finales del año 2000 y recientemente se publicó la versión en español, coordinada por Francisco Muñoz Conde, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 484 pp.

² Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003, 102 pp. y Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal del enemigo*. Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE 2003, 44 pp.

ordenamiento o bien en leyes especiales. El enemigo, se dice, sería una “no persona”, por lo tanto no puede ser tratado como tal. Se podría, advierte, llegar a los extremos de autorizar torturas para lograr la confesión o delación de cómplices. Los términos y derechos quedarían suspendidos a conveniencia de la autoridad.

El concepto, como se señala anteriormente fue rescatado de autores, sobre todo contractualistas, por Günther Jakobs en 1985 y mas recientemente retomado en el coloquio celebrado en Berlín en 1999, surgiendo desde entonces muchas inquietudes. La similitud entre el delincuente y un enemigo plantea entre otras dudas las siguientes: ¿quién establece esa característica de enemigo?; ¿no importa la existencia de una lesión a un bien jurídico?; ¿cuáles serían los límites de ese derecho penal del enemigo?; ¿es compatible con el Estado de derecho y la democracia, con los pactos internacionales suscritos por algunos Estados?; ¿Cómo se neutralizaría a esos enemigos? Muñoz Conde sintetiza la problemática en dos grupos, en el primero hace dos preguntas: 1a. ¿Quien define al enemigo y cómo se le define? y 2a. ¿A qué tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigos? En el segundo plantea las incompatibilidades de dicho concepto con el Estado de derecho y la vigencia del principio de igualdad.

El *derecho penal del enemigo* responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es la estabilidad del sistema. Para ello el instrumento deberá ser útil y eficiente. Se corre, sin embargo, el riesgo de volver a situaciones dictatoriales ya pasadas como en la Alemania nazi. Contra un enemigo se vale todo, imperará el poder del más fuerte. Será la preeminencia de la razón de Estado.

Como atinadamente anota Muñoz Conde, hay brotes de ese derecho en todas las legislaciones modernas, sobre todo aquellas destinadas a combatir el terrorismo y el narcotráfico, pero el riesgo enorme, ya real en algunas, es el de extender esas disposiciones hacia otras situaciones como la inmigración. El atentado en Nueva York en 2001 y recientemente, el de la estación de Atocha en España ha permitido justificar acciones excepcionales del derecho penal moderno, independientemente de que Estados Unidos no ha firmado la mayoría de los convenios internacionales. Italia, España e Inglaterra apoyan medidas de ese tipo en su lucha antiterrorista.

Muñoz Conde hace énfasis en la confrontación entre los principios de libertad y seguridad. El autor reflexiona en el difícil equilibrio entre ambos, mismo que siempre trata de lograr el derecho penal. Nunca será posible, dice, conseguir una total seguridad y no conviene terminar con la libertad ni aún con la mínima de la que gozan los procesados.

Pero vayamos a los argumentos de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, participantes ambos en ese famoso Coloquio de 1999, quienes exponen sus puntos de vista, contrapuestos por cuanto a las consecuencias del diagnóstico, en el cuál coinciden, sobre una situación existente en el sistema normativo³. Jakobs inicia advirtiendo que los términos “derecho penal del enemigo” y “derecho penal del ciudadano” son dos polos opuestos de un solo mundo, dos tendencias en un solo contexto jurídico penal, mismas que pueden traslaparse. Basándose en las tesis contractualistas puras de Rousseau, Fichte y en la del

³ Ob. cit. traducción de Günther Jakobs por Manuel Cancio Meliá.

“status” de Hobbes, culmina con Kant afirmando “no se trata como persona a quien me amenaza...constantemente, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano.” Para los primeros todo delincuente es un enemigo, para Hobbes lo es al menos el traidor a la patria. El derecho penal del ciudadano sería aplicable a quien no delinque de modo persistente, el derecho penal del enemigo se dirigiría contra quien se desvía por principio, el primero deja persistente el status de persona, el segundo lo excluye. El derecho a la seguridad es prioritario al regular el derecho penal del enemigo, siendo “derecho” especial, coacción física que puede llegar a la guerra. Al regular este derecho el Estado, puntualiza, puede limitarse en las privaciones y términos de la exclusión de derechos al sujeto.

Jakobs, de manera congruente con su postura respecto a la finalidad del derecho penal como garantizador de expectativas conforme a roles y de la prevención general positiva,⁴ sostiene dos polos o tendencias de sus regulaciones. Uno al tratar con el ciudadano, en la que espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con la pena, confirmando así la estructura normativa de la sociedad y por el otro, el trato con el enemigo, a quien debe interceptar en el estadio previo y combatir por su peligrosidad. La polaridad aparece tanto en el derecho penal sustantivo como en el procesal. Se acentuarán los rasgos ya existentes en el derecho adjetivo del ciudadano como la prisión preventiva, con otras tales como la incomunicación, las intervenciones de las telecomunicaciones, intervención de investigadores encubiertos, etc. Las medidas aplicables están dentro del derecho, pero los imputados, dice Jakobs, son excluidos de su derecho. Las regulaciones mas extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas, aquí la incomunicación, el asesinato o la muerte de inocentes (daño colateral) serán parte del procedimiento de guerra en que el Estado en donde se cometieron hechos como el atentado del 11 de septiembre de 2001, con la ayuda de otros, intenta destruir la fuente de peligros futuros. Se autoriza una imposición anticipada de pena ya que como claramente resume el autor, en el derecho penal del enemigo la función manifiesta de la pena es la eliminación de un peligro, en oposición al derecho penal del ciudadano en donde lo es la contradicción. Advierte que “un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo”.

Manuel Cancio Meliá, sostiene que el derecho penal del enemigo es una contradicción de términos, un concepto que sirve para describir un ámbito de las normas penales, pero solo parte nominal del sistema jurídico positivo. Para demostrar su afirmación realiza un panorama de la política criminal contemporánea y analiza el contenido y relevancia del concepto. Retomando a Jesús María Silva Sánchez caracteriza la política criminal del momento como producto de la expansión del derecho penal propia de la época postindustrial, en donde hay un surgimiento de nuevos tipos penales y una prolífica reforma de los anteriores. Los fenómenos de ese expansionismo son la tendencia hacia un *derecho penal simbólico*, en el que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de

⁴ Shünemann afirma que Jakobs, a partir de sus obras de 1999 se basa en la teoría de la pena de Hegel, rechaza algún fin de influir en el comportamiento de algún individuo, legitimando dicha pena sólo a través de la necesidad de afirmación de la norma. Bernd Shünemann, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico penal”. *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (Ontologismo y Normativismo)*. México, Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, 2002, p.39.

dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, y el resurgimiento del *punitivismo* como alternativa penal de solución de conflictos y/o agravación desmedida de las penas. Identifica ambos rasgos como la fuente del derecho penal del enemigo, dando lugar a un derecho penal de autor.

Para analizar el concepto de derecho penal del enemigo primero enuncia los tres elementos del mismo según Jakobs: 1) Un amplio adelantamiento de la punibilidad; 2) Penas desproporcionadamente altas y 3) Supresión o relativización de determinadas garantías procesales. Después retoma el planteamiento de Silva Sánchez al afirmar la existencia de tres velocidades actuales del derecho penal. Una es propia de la parte del sistema penal en el que se aplican penas privativas de libertad, sosteniendo que aquí se deben mantener de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. Otra velocidad estaría formada por las infracciones sancionadas con penas pecuniarias o privativas de derechos, en donde podrían flexibilizarse las garantías de acuerdo a la gravedad de las mismas. La tercera velocidad sería la propia del derecho penal del enemigo, en donde coexisten la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de las garantías penales y procesales. Anteriormente anotamos la concordancia entre Jakobs y Cancio Meliá en cuanto al diagnóstico de la existencia de ese derecho penal del enemigo dentro de los sistemas jurídicos penales.

Sin embargo, ante esa constatación surge la duda de qué hacer para establecer alguna opción a la problemática. Cancio Meliá se refiere al contenido de ese derecho. Sin desconocer que sería necesario realizar un estudio detallado por país de la parte especial de los códigos penales y procesales, así como de las leyes especiales, admite que ha habido un desplazamiento de las medidas especiales desde los delitos económicos hasta un enfoque circunscrito casi a los delitos de terrorismo, narcotráfico y últimamente criminalidad relacionada con inmigración, siendo la esencia de ese derecho el que “constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos...”

La identificación del enemigo, dice Cancio Meliá atiende a su caracterización como malhechor archimalvado, siendo un concepto más seudorreligioso que militar, no se trata de tratar de neutralizarlo sino de atribuir competencia a quien lo debe combatir por perverso y demoníaco. En consecuencia, no es un derecho penal de acto, sino de autor.

Para sostener su tesis de la contradicción en los términos del derecho penal del enemigo, cuestiona la aceptación de normas de ese tipo dentro de un sistema jurídico y postulando una respuesta negativa aduce como argumentos: en primer lugar su inconstitucionalidad, en segundo lugar su falta de prevención policial-fáctica de delitos, o sea su ineficacia real y como tercer argumento y en respuesta a la pregunta ¿forma parte (el derecho penal del enemigo) conceptualmente del derecho penal? responde enfáticamente que no, dado que “a) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor...” Por lo tanto, para este autor, el llamado derecho penal del enemigo, no es derecho, sino una manifestación de fuerza estatal.

La revisión somera de los trabajos contenidos en estos dos libros, nos lleva al urgente cuestionamiento de la existencia de ese derecho penal del enemigo dentro de los sistemas jurídicos nacionales y a su crítica desde el punto de vista constitucional, a la manera en que Muñoz Conde y Cancio Meliá lo hacen en la legislación española advirtiendo la tendencia en los países latinoamericanos, como Colombia, por receptar dicho concepto.

Günther Jakobs es un autor ampliamente difundido tanto a nivel político como académico, exponente de la teoría funcionalista radical, que sostiene o sostenía la prevención general positiva como fin de la pena, importando más el equilibrio del sistema vía reafirmación de la validez de la norma. Es fuertemente rebatido por sus colegas, sin embargo su obra se lleva en muchos países como libro de texto y se aplica en algunas legislaciones, como el caso ya citado de Colombia.

La política criminal contemporánea de combate a la delincuencia, defendida por la mayoría de los legisladores clama por medidas rigurosas, agravación de las penas, disminución de beneficios, limitación de garantías sustantivas y procesales, en fin, endurecimiento en contra del presunto delincuente, encontrando eco en un gran sector de la población, convencida de que es el único remedio contra la inseguridad.⁵ Se olvida que la administración de justicia penal adolece de graves y complejas fallas que ocasionan que frecuentemente puedan ser indiciados personas inocentes o utilizarse el sistema penal como medida de ataque contra enemigos políticos. La persona contra quien se inicia una sospecha como autor de un delito, por ese sólo hecho se ve inmerso en un campo que efectivamente es “del enemigo”.

Todos, en algún momento reaccionamos como Rousseau y Fichte, el delincuente es un enemigo, real contra quien sufrió el agravio, potencial contra el resto de la población. La estigmatización social y su posición vulnerable, salvo casos excepcionales, lo hace encaminarse en un camino sin retorno. En México, el aumento de la pena de prisión en “hasta 70 años”, es la demostración fehaciente del fracaso del fin de la prevención, general o especial, positiva o negativa. Es la exclusión definitiva de la sociedad, de hecho la muerte civil del enemigo. Solo faltará receptar las medidas de la lucha antiterrorista en el procedimiento común o reimplantar la pena de muerte.

Creo que se impone profundizar en los argumentos a favor y en contra de la existencia de ese derecho, realizar un minucioso examen de la legislación mexicana, detectar brotes de ese “derecho penal del enemigo”, denunciar su inconstitucionalidad y propugnar la defensa de un derecho penal respetuoso de la dignidad humana, señalando, de ser posible, alternativas de política criminal en la lucha contra la delincuencia. Imaginemos por un momento que cada uno de nosotros o un familiar o amistad cercano se ve señalado por la maquinaria penal. ¿Qué pediríamos?

⁵ Así, ante los homicidios entre grupos de narcotraficantes en algunas ciudades de México, principalmente de la frontera norte, se acepta sin discusión la entrada del ejército y la implementación de controles que reducen sensiblemente la libertad de circulación.

Bibliografía:

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal del enemigo*. Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE 2003, 44 pp.

_____, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 484 pp.

JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, 102 pp.

SHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico penal”. *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (Ontologismo y Normativismo)*. México, Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, 2002.

Reseñas

II JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. PROBLEMAS CAPITALES DEL MODERNO DERECHO PENAL. “LO PERMANENTE Y LO TRANSITORIO DEL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL EN LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA DOGMÁTICA PENAL DEL S. XXI”

María del Pilar Espinosa Torres*

En homenaje al célebre penalista alemán Hans Welzel, en el centenario de su nacimiento, el CEPOLCRIM, (Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C.), la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle y el Instituto Nacional de Ciencias Penales organizaron esta jornada, del 23 al 27 de agosto del 2004 en la ciudad de México, Distrito Federal. La sede fue la Universidad La Salle. En calidad de ponentes asistieron distinguidos penalistas extranjeros y nacionales. De Alemania: Doctores Hans Joachim Hirsch, Bernd Schünemann, Wolfgang Schöne y Eberhard Struensee; de España, Doctores Luis Gracia Marín y Alicia Gil Gil; de Argentina, Doctores Edgardo Alberto Donna y Alicia Azzolini, (esta última radicada en México); de Colombia, Doctores Fernando Velásquez Velásquez, Alejandro Aponte Cardona y Nodier Agudelo Betancur; de Chile Doctores Juan Bustos Ramírez y Jaime Arancibia Pinto; de Cuba, Doctor Ramón de la Cruz Ochoa. Participaron también, los destacados penalistas mexicanos: Doctores Enrique Díaz Aranda, Miguel Ontiveros, Elpidio Ramírez, Licenciado José Lino Sánchez Sandoval, Doctor Raúl González-Salas Campos, Licenciado Jorge Nader Kuri, Doctora Rebeca Contreras López y Doctor Rafael Márquez Piñero.

Las conferencias se expusieron en seis jornadas, presididas por otros notables juristas: Doctores Sergio García Ramírez, Olga Islas de González Mariscal, Alejandro González Gómez, Rolando Tamayo y Salmorán, Luis Fernández Doblado y María Elena Leguizamón Ferrer. Las temáticas generales fueron: “Aspectos filosófico-políticos del pensamiento de Welzel”; Fundamentos metodológicos de la dogmática penal y de la política criminal en el pensamiento de Welzel”; “Problemas contemporáneos de la dogmática penal y de la política criminal” y “Dogmática penal, política criminal y derecho penal internacional”. Las disertaciones continuaron la línea iniciada en octubre del 2002, con la *Jornada Internacional sobre Problemas Capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*, evento también organizado por CEPOLCRIM, en donde, con la asistencia de Claus Roxin, Günther Jakobs, Günther Ordeig, Schünemann, y Struensee entre otros famosos penalistas, se plantearon las diversas corrientes del pensamiento penal contemporáneo y se discutieron las implicaciones político criminales y los fundamentos de las mismas. Ahí, se habló de los aspectos medulares de la teoría funcionalista en oposición a la finalista, de la imputación objetiva, del normativismo, teleologismo y ontologismo, delitos de omisión, con un interesante debate entre los puntos de vista de los expositores.

Ahora, los asistentes, un nutrido grupo de abogados litigantes, funcionarios, maestros y alumnos, tuvimos oportunidad de escuchar las nuevas aportaciones y los

* Maestra en Ciencias Penales, Candidata a Doctora en Derecho Público, Investigadora de la Universidad Veracruzana.

avances en la doctrina penal contemporánea en voz de defensores del finalismo iniciado por Welzel y de las teorías que impugnan esa corriente, el funcionalismo en sus diversas variantes, debiendo reconocerse que todos destacan méritos en sus opositores.

Siendo una reunión dedicada principalmente al recuerdo del Hans Welzel, todas las participaciones hicieron mención a lo relevante de su pensamiento y a su legado al derecho penal occidental con su teoría finalista. A partir de ese famoso jurista se ha desarrollado hasta nuestros días la dogmática jurídico-penal. Confirmamos lo ya dicho por el doctor Raul E. Zaffaroni, “el derecho penal necesita un fundamento antropológico, que solo puede ser dado por la filosofía del derecho”. Todos los expositores demostraron un gran dominio en esta área y nos hicieron notar la imposibilidad de comprender las teorías modernas sin este requisito. Además de los temas anotados se incluyeron ponencias sobre seguridad ciudadana y seguridad jurídica, la teoría del error, la imprudencia y el riesgo permitido. Se recalcó la importancia de tomar en cuenta la repercusión de la globalización y de internacionalización del derecho penal en las medidas político-criminales adoptadas por los distintos países. Se finalizó con un tema polémico: el derecho penal del enemigo, concepto atribuido a Jakobs y aplicado sobre todo a disposiciones dentro de la legislación sobre delincuencia organizada, antiterrorismo y narcotráfico. Tuvimos también oportunidad de escuchar las experiencias de la implantación de reformas penales en los diversos países, unidos todos en la tradición del derecho penal alemán. Latinoamérica, como se dijo en varias ocasiones, debe adoptar lo que sea congruente con sus características, pero es difícil prescindir de los avances teóricos de Alemania. Aquí vale la pena rescatar una observación realizada por el doctor Moisés Moreno Hernández. De todas las aportaciones de Welzel tanto en la sistemática del derecho como en lo filosófico es necesario, dijo, destacar la razón de ese autor para hacer el cambio y proponer su teoría finalista. Trataba de encontrar límites al poder del legislador, de establecer un control del ejercicio del poder punitivo del Estado. En oposición al neokantismo previo a Welzel se hizo hincapié en que el sujeto del conocimiento no puede variar su objeto de conocimiento. Las últimas reformas penales a la legislación penal mexicana, en donde se establece para el secuestro express una pena mayor que en el homicidio simple, revela una falta de racionalidad en el establecimiento de los límites punitivos. Welzel elaboró su teoría en la época de la segunda posguerra mundial. En nuestros días, sigue siendo un imperativo criticar el ejercicio del poder punitivo estatal, señalando sus violaciones al Estado democrático de derecho.

El principal organizador de este evento, el Doctor Moisés Moreno Hernández, Presidente de CEPOLCRIM, recibió también un reconocimiento por parte de los expositores y asistentes. Gracias a él, México ha tenido una moderna recepción del derecho penal alemán. A partir de su regreso de ese país, en donde realizó un doctorado en 5 años, graduándose con honores y habiendo sido uno de los últimos alumnos de Hans Welzel, ha dedicado gran parte de su actividad profesional a estrechar los vínculos entre los penalistas europeos y latinoamericanos. Todo ello lo ha logrado brillantemente con un éxito reflejado en la admiración, respeto y cariño de todos los presentes en esta Jornada. Una observación adicional, el doctor Moreno ha logrado aglutinar a juristas nacionales y extranjeros, pensamos que gracias a su gran modestia, lo que permite dejar salir su interés sincero y profundo en el derecho penal, su estudio y su difusión. Es un orgullo mencionar que es egresado de la licenciatura por la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

Gracias a eventos como éste podemos actualizarnos en los avances del derecho penal, conocer a los autores de nuestros libros especializados, percatarnos de las grandes polémicas y repercusiones de la doctrina en la práctica forense, detectar las influencias de las teorías de moda en la legislación nacional y en fin, tener a nuestro alcance la bibliografía moderna.

El CEPOLCRIM edita oportunamente las ponencias de los congresos que organiza, así lo hará con las de esta Jornada. Una actividad adicional fue la visita a las instalaciones de este Centro, en donde se presentó el programa y la plantilla de profesores y tutores de Maestría y Doctorado en Ciencias Penales y Política Criminal, que a finales de este año 2004 se iniciarán. Una gran noticia, ya que de acuerdo con la información proporcionada será un posgrado de alto nivel.

Nos congratulamos de haber podido asistir a esta Jornada y damos noticia de la misma con la finalidad de que los interesados estén pendientes de la aparición de la memoria, la cual incluirá todas las ponencias presentadas además de la del Doctor José Cerezo Mir que fue leída por un representante, debido a que él, por motivos de salud no pudo asistir. El Doctor Enrique Bacigalupo, otro gran ausente enviará su ponencia sobre “El fundamento de la teoría del error”. Como puede apreciarse será un material imprescindible para el interesado en el derecho penal actual.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho Informático*, 3ª ed., Ed. Mac Graw Hill, México, 2003. 514p.

Sara Luz Quiroz Ruiz*

En el tercer año de este Tercer Milenio, Julio Téllez produce la tercera edición de la obra que es referencia obligada para investigar y desarrollar la experiencia educativa Derecho Informático, cuya primera edición data de los primeros años de la última década del siglo pasado.

Este contenido de juridicidad emergente de la globalización propiciada por la Tercera Revolución Científica y Técnica, es abordada por el autor con un enfoque transdisciplinario, tratamiento con el que demuestra tanto la apertura de una de las Ciencias Sociales, como la función política que en la sociedad al derecho le corresponde; lo cual agota en un esquema de once capítulos complementados por catorce anexos, reforzándolo con un Glosario y Bibliografía en castellano para consulta. La obra contiene una propuesta pedagógica acorde con la dinámica que sus contenidos reflejan, pues al mismo tiempo de ser una fuente inagotable de creatividad para el binomio docente-estudiante, incluye para la evaluación del aprendizaje, técnicas innovadoras, entre las que se encuentran, expresar el aprendizaje que mayor significado le aportó al estudiante y la redacción de un ensayo sobre el contenido temático desarrollado en el capítulo.

En esta confluencia del derecho con la informática, subyace los aspectos económico, histórico, ético y político; como componentes de las redes de información y conocimiento que permean la sociedad mundial, originando un escenario sumamente complejo; ante el cual es empleada la Informática como herramienta para el tratamiento de la información jurídica, que es la Informática Jurídica; como para estudiar el bien informacional, o sea, el intangible manifestado a través de las diversas aplicaciones de la Informática al Derecho, resultando el Derecho de la Informática.

La obra en comento desde su inicio confirma la solvencia académica de sus contenidos, pues además de reiterar la importancia de aplicar la Informática al manejo de la información, como lo hace en las ediciones anteriores, ahora aclara que tal interacción origina el concepto de la sociedad de la información y del conocimiento, refiriéndola como aquella que implica el uso masivo de las tecnologías de la Información y Comunicación, para difundir el conocimiento y los intercambios de información en la sociedad; sin dejar de resaltar su doble faceta, el ser incluyente y generar la llamada brecha digital, o sea, la desigualdad en el acceso al uso de las computadoras entre países menos adelantados y los más adelantados, pues el nivel de desarrollo económico repercutirá en el desarrollo tecnológico que se sostiene.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

El autor resalta, como sectores de esa sociedad de la información y del conocimiento a: las empresas, la educación, la salud, el comercio y el gobierno; que dado su dinamismo considero reconocerlos como actores cuya infraestructura física posibilita el acceso a una red, de cuyas aplicaciones surgirá la información y el conocimiento con un valor agregado radica en su calidad y pertinencia, aportado de las aplicaciones que permita el desarrollo tecnológico de su infraestructura.

Tal exposición es reforzada por Julio Téllez, al incluir entre los Anexos la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002, promulgada en España, así como la Ley mexicana de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 11 de julio del 2002.

Referencia que no deja duda alguna para considerar, el desarrollo de este contenido de juridicidad en paralelo a la vida misma, tanto en su vertiente técnica como en la científica, por ello en el autor continúa su exposición ocupándose ahora de la Informática Jurídica resaltando dos instituciones innovadoras en la Informática Jurídica de Administración y Gestión, llamada también de control y gestión: el Gobierno Digital y la Ciberjusticia.

El Gobierno Digital e-gobierno, desde 1997 es tratado en México como una política pública de la administración pública federal, cuya pretensión es la optimización en el funcionamiento de la Administración Pública a partir de su infraestructura tecnológica, facilitando y agilizando la atención de los gobernados, lo cual más adelante se traduce en la política regional dirigida por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), denominada de mejora regulatoria; identificándola Julio Téllez como, “Proyecto de políticas públicas en el que se programan acciones relativas a la eficiencia en la administración pública y su vínculo con los ciudadanos y empresas.”

De tal manera que los flujos de información se triangulan entre: e-gobierno o e-government, e-empresarial o e-business ciudadanos.

Refiriéndonos a la innovación que representa la Ciberjusticia, la interacción se acentúa entre ciertos actores de la sociedad de la información y del conocimiento, quienes pretenden aportar a través del más antiguo de los medios alternativos de solución de controversias, el arbitraje, el ventilar las diferencias surgidas en las relaciones intrafirmas e interfirmas del mercado regional o global, pues lo deseable es evitar el deterioro de las relaciones comerciales establecidas, cuya generación indudablemente opacaría sus flujos de comercialización, originando una situación de riesgo en su posicionamiento dentro del mercado, regional o global.

Tal propósito de aplicar la Internet como instrumento de mediación, conduce a visualizar la economía digital, la cual es considerada por el autor en este texto, como la integración de los mercados y la interrelación de las personas y organizaciones digitales a la economía, de tal manera surgen como operadores en la misma: las alianzas estratégicas, operaciones de comercio exterior en marketplaces digitales, joint ventures, o problemas en redes de valor agregado en entornos Electronic Data Interchange, en función de las relaciones entre consumidores finales y tiendas virtuales, bancos y las consecuentes operaciones financieras con sus clientes y/o con los operadores

financieros. A dicha exposición teórica, Julio Téllez incluye la praxis y hace referencia al Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), con sede en Ginebra, Suiza creado desde 1994; el Instituto para la Resolución de Conflictos fundado en 1979, al Foro de Arbitraje Nacional fundado en 1986 en Minneapolis. Minnesota, además de la Ciber corte de Michigan, EUA, la cual se refiere a un órgano en línea donde se pueden resolver conflictos jurídicos con asesoría legal.

Con la misma dedicación enseguida Julio Téllez pasa a ocuparse de la vertiente del Derecho de la Informática, aquella que regula la interacción de la sociedad de la información y el conocimiento, deteniéndose en el primer contenido temático para conceptualizar la información en la perspectiva informática y dice que se trata, de “...un proceso físico-mecánico de transmisión de datos como elemento referencial acerca de un hecho.”, pues en la interacción de los agentes de esa sociedad con los instrumentos tecnológicos, la creatividad innata del hombre aflora y se manifiesta en conductas, con un doble efecto positivo, pues por una parte, cualitativamente se realiza la organización de un conjunto de datos constitutivos de la información, además de que en términos cuantitativos, la información representa la medida de disminución de la incertidumbre del sujeto respecto a los objetos.

Tal aportación es enlazada por Julio Téllez, con el establecimiento sobre la medición de la utilidad de la información empleando la Medida Hartley, técnica consistente en que “...la cantidad de información será proporcional al número de alternativas que se dispongan en un momento dado”, entonces, entre más se disponga de información clara y pertinente, se tomará una decisión más rápida y precisa, lo cual ha sido considerado como técnicas heurísticas, pues se dispondrá para conjuntarse, el reflexionar tal información con la experiencia acumulada por el sujeto.

Esa omnipresencia de las computadoras en el proceso de la cotidianidad, trasciende a un mundo sin fronteras, que genera visualizar su regulación a través de marcos regulatorios, conformados por ordenamientos del interior y del exterior, surgidos de organismos supranacionales que aportan la norma por detallar en la legislación de los países, como lo vienen realizando la Organización Mundial de Comercio, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y en los Tratados a partir de los cuales son formados bloques económicos.

Tal visión es resaltada en esta edición, al hacer referencia a la protección de datos personales, en lo relativo a los flujos de datos transfronterizos, pues al tratar la información con recursos provenientes de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, los escenarios sin fronteras que desafían el tiempo y el espacio, modifican los ámbitos de validez del derecho y provocan innovaciones en su interpretación, pero mantienen ahora indirectamente la presencia del Estado.

Es así como la regulación jurídica del bien informacional, se distinguen sujetos interactuando en la aldea global, respecto de un objeto intangible cuya glocalización lleva al autor a proponer una posible regulación de la Internet, ya no solo a través de Códigos de Conducta, sino equiparándole a la *lex mercatoria*. También agrega a los orígenes de la Internet, la historia de la red en México y el Proyecto Internet 2 responsabilidad de la Universidad Nacional Autónoma de México, núcleo dedicado a “asegurar la alta disponibilidad de la red a través del rápido reconocimiento de fallas y

detección de niveles de graduación de servicio, así como la realización de tareas de control proactivo”, además de coordinarse con otros grupos de trabajo para llevar a cabo otras pruebas tecnológicas.

Otra aportación se encuentra en el Capítulo titulado El Derecho de la Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, cuya enunciación lleva al lector a centrar su atención en esta confluencia de saberes, de donde aflora la problemática tan compleja relativa a la producción de posprogramas de cómputo y las diferentes aplicaciones, regulada en instrumentos comerciales internacionales, donde se inicia por diferenciar entre programas fuente y programas objeto, como ocurre en el acuerdo marco ostentado por la Organización Mundial de Comercio, para enseguida al referirse a sus aplicaciones, señala la interacción de los sujetos en los flujos de información.

De tal interacción llevada a las relaciones comerciales, Julio Téllez estudia el Comercio Electrónico, del cual dice que en sentido amplio puede conceptuarse “cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet”, reflexión que profundiza durante el desglose del capítulo, pues además pondera la oferta, la etapa precontractual hasta proteger las relaciones de proveedores y clientes, (businnes to consumers) la colaboración interfirmas (bussines to bussines) y entre empresas y administración (bussines to administration), en un escenario global.

De ahí que al referirse a la seguridad que reclaman tales aplicaciones, para llevar a cabo el pago, la operación comercial en sí, reconoce el esfuerzo realizado por la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil (UNCITRAL), al haber elaborada la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico en 1996 con el Artículo Supletorio 5bis como se aprobó en 1998, de ocupa igualmente de elementos de mercadotecnia para orientar la conducta del consumidor, en dicho capítulo alude a las prácticas desleales de comercio, a los problemas de confidencialidad, cuya resolución se aborda por la encriptación, la firma electrónica y la firma digital, sin descuidar Julio Téllez que en toda esta dinámica surgir conflictos y que deben protegerse las relaciones comerciales, por ello alude al arbitraje como medio de solución de conflictos en el comercio electrónico.

En sus consideraciones finales, el autor hace referencia al impacto que las Tecnologías de la Información y la Comunicación han ocasionado en el Derecho Laboral, ocasionando transformaciones en sus instituciones como, que se flexibilicen la relación laboral, la jornada de trabajo, entre otras; así como la valoración de tales aplicaciones en materia de derecho adjetivo, cuestión que ha dado lugar en la segunda parte de la última década del siglo pasado, a varias reformas en la legislación procesal mexicana.

Es así como Julio Téllez con esta tercera edición de su texto Derecho Informático, ofrece al lector interesado, lo dado y lo dando en la confluencia del Derecho con la Informática, al mismo tiempo que contribuye a la formación de una cultura jurídica imprescindible para el abogado del Siglo XXI pues le vincula con un contenido de juridicidad emergente de un modelo cultural global.

PASQUINO, GIANFRANCO, *La Oposición*, ed. Alianza Universidad, 1998, 154 pp.

Eduardo Trejo Rodríguez*

En el prólogo nos advierte la presentadora que el pequeño gran libro de Pasquino está fuertemente influido por la literatura académica pragmática, es decir, se encuentra vinculado a un sentido empírico del estudio de la democracia motivado en el pensamiento de J. Schumpeter y de A. Downs, al mismo tiempo, el autor, continua diciendo la presentadora, nos remite a los textos centrales de la corriente pluralista en la ciencia política, aquella escuela cuyo interés central desde los años cincuenta ha sido el análisis del funcionamiento de las democracias realmente existentes y que, con la recepción del análisis económico de la política se convertiría en la referencia básica en el examen de las transiciones desde los regímenes autoritarios a la democracia. El pluralismo debe ser considerado como una corriente de una enorme vitalidad sin cuyo concurso es imposible entender la evolución del análisis socio-político en la segunda mitad del siglo. Las referencias de Pasquino a autores como Robert Dahl, Lipset o Lijphart atestiguan su deuda con esta propuesta.

El trabajo se inserta en la experiencia política italiana, de tal modo, que dice Pasquino en el prefacio que después de las elecciones de 1994 se ha pedido a la izquierda, como al centro político, deje gobernar al gobierno de mayoría pues para eso ha recibido el mandato democrático. Por desgracia para el gobierno, ese mandato no equivale a una investidura de competencias, conocimientos o capacidades, es decir, de virtudes para gobernar. Ninguna oposición puede renunciar a su cometido, dejando sin más gobernar al gobierno. Lo atestigua la noble historia de las oposiciones obstruccionista, del filibustering que nació, no por casualidad de las tan alabadas democracias anglosajonas. Por estas razones, en ninguna democracia occidental los gobiernos le dicen a la oposición cómo debe ser, en ninguna de ellas la oposición renuncia a ser dura e intransigente, crítica y destructiva, propositiva y alternativa. Se volverán absolutamente intransigentes cuando el gobierno se proponga establecer reglas que destruyan la posibilidad de la alternancia. La buena oposición es la que sabe usar la enseñanza de Maquiavelo, “del zorro y del león” de la astucia político-parlamentaria y de su fuerza político social.

Cuando un país tenga una vida social dinámica y competitiva, hecha de un pluralismo asociativo amplio y articulado, no sometido a los partidos, su oposición social será fuerte y vigorosa. La oposición resulta eficaz y se convierte en alternativa concreta allí donde consigue una presencia social, una difusión cultural y un papel político parlamentario. Su función debe limitarse a cumplir su cometido: representar y proteger

* Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de México, académico de carrera del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad Veracruzana, Campus Xalapa, en Xalapa, Veracruz, México.

individual y colectivamente a los electores que le han dado su voto, defender las reglas del juego político institucional y, también, reformarlas con el objetivo de mantener abierta la competición política y promover a los intereses de los grupos a que se dirige para transformarse en mayoría. Ningún gobierno debe pedir a la oposición que le deje gobernar sino demostrar que sabe hacerlo. La oposición debe contender con el gobierno demostrando ser un gobierno alternativo.

Dice Pasquino que en la medida que ha sido reconocido el papel de la oposición, en esa medida los sistemas políticos han dejado de ser autoritarios para convertirse en democráticos. Baste pensar que el primer estudio orgánico de las oposiciones en los regímenes democráticos data de 1966. La copiosa literatura de los años 60 sobre crisis de gobernabilidad no profundiza la temática desde el punto de vista del desafío de la oposición a los gobiernos. Ni siquiera los estudios sobre el *party government* recogen la temática de la *party opposition* dejando de explorar parte importante del poder político. Será fácil refutar esta argumentación recurriendo a la clásica acusación contra los politólogos de estar fascinados por el poder, más por quien lo ejerce que por quien lo busca. Es justificable que los politólogos hayan dedicado una atención escasa a la oposición. Pero, por otro lado, debe considerarse que la oposición política no sólo constituye un fenómeno digno de atención en sí mismo, si no el funcionamiento de todos los regímenes políticos se entienden eficazmente solo en la medida en que se explican las relaciones entre oposición y gobierno. De otra manera se desterraría del análisis un factor importante que lo dejaría en completa incapacidad para explicar los cambios. Otra razón por la que no se ha estudiado la oposición es por que no ha habido mucha. Al principio de los regímenes democráticos se habló de oposición, luego de reivindicaciones y también de contestaciones.

Con posterioridad, dice el autor, la bipartición, democracias mayoritarias-democracias consensuales se fundan en nuevos criterios. Las democracias mayoritarias se caracterizan por los siguientes elementos: concentración del poder ejecutivo (gobierno monopartidista, de mayoría arriesgada); fusión de los poderes y predominio del ejecutivo; bicameralismo asimétrico; sistema bipartidista; unidimensionalidad del conflicto político que está constituido por desacuerdos en las políticas económicas; sistemas electorales mayoritarios; sistema de gobierno unitario y centralizado; constitución no escrita y soberanía parlamentaria; carácter exclusivamente representativo de la democracia.

Las democracias consensuales se caracterizan por: participación en el poder ejecutivo y formación de grandes coaliciones; separación formal e informal de los poderes; bicameralismo equilibrado con representación de las minorías; sistema multipartidista; ejes de conflicto socioeconómico, étnicos, religiosos, lingüísticos y regionales; sistemas electorales proporcionales; formas de federalismo y de descentralización territorial y no territorial; constituciones escritas con poder de veto para las minorías.

En todo caso, se puede afirmar que en las democracias mayoritarias la oposición tiene un cometido más difícil, pero se ve obligada a presentarse y actuar como alternativa. En las mayorías consensuales, su cometido es más fácil para cualificarse como alternativa, puede beneficiarse de las rentas de oposición y constitución, vale decir que los gobiernos cuentan con ella y por lo tanto pesa a la hora de definir y aprobar políticas públicas, y la constitución, probablemente proporcionalista, la tutela.

La segunda perspectiva conduce a un análisis de un doble papel que las izquierdas suelen reivindicar: la conjunción de una oposición social y una oposición parlamentaria. La oposición que se respeta valorará esta función intermedia entre sociedad y parlamento. En síntesis, el arraigo social de la oposición constituye la condición previa para su arraigo institucional; y a su vez, el arraigo institucional refuerza el de índole social.

Uno de los comportamientos posibles de la oposición consiste en actuar conscientemente para permanecer como tal, es decir, para no verse envuelta en la acción del gobierno, ni súbitamente proyectada por sí misma al escenario gubernamental. Nada de responsabilidad solo reivindicaciones. Son raros los casos en que la oposición prefiere preservar su papel y no ser gobierno. Una oposición parlamentaria no puede quedarse al margen del juego de las relaciones con el gobierno, aún cuando no intente sustituirlo y perciba ella misma objetivos distintos como el mantenimiento de la pureza ideológica; la preservación de la identidad política y la cohesión organizativa. Se trata de objetivos de conservación, no de cambio, de los que resultara un sistema político bloqueado una democracia sin alternativas. Por el contrario, si la oposición entra en liza para sustituir al gobierno, será posible extraer de sus pronunciamientos una estrategia coherente, unos objetivos alternativos y una posición sistémica antagónica. Sólo una oposición que sale a mar abierto podrá parecer representante de muchos grupos cuyos intereses se agreden, cuyos ideales se olvida y cuyos valores se pisotean.

Ninguna oposición puede renunciar a la adquisición de recursos, la representación no esta hecha solo de símbolos sino de recursos y servicios.

Continúa el autor diciéndonos que ninguna oposición parlamentaria puede ni debe ser jamás antagónica por completo, al 100% *adversary*. En la práctica, ninguna oposición democrática lo es del todo. Una oposición parlamentaria que se avenga al juego democrático, ha aceptado ya las reglas y, en buena medida los reglamentos. Con frecuencia, se acusa a la oposición de no ser antagónica sino consociacional. Vale decir que la oposición antagónica quiere transformar y, en cualquier caso, derribar el sistema, la consociacional quiere prosperar dentro de éste. La primera pretende destruir las reglas, la segunda quiere adquirir recursos. Parece oportuno arrojar luz para comprender de verás qué es y qué no es el consociativismo. Se debe distinguir entre *gran consociación*, la relativa a las normas constitucionales y la política exterior, y la pequeña *consociación* la relacionada con los recursos distribuidos por el estado. Es conveniente subrayar que una oposición se legitima en cuanto tal o como alternativa de gobierno, cuando participa activamente en la redacción de las normas constitucionales y luego defiende su substancia y propugna su realización. Precisamente por que el gobierno y la oposición han redactado en

común las reglas del juego, su observancia permite un enfrentamiento bronco pero rigurosamente constitucional; y también por que las reglas del juego establecen los límites del enfrentamiento, puede exaltarse la contribución de la oposición al buen funcionamiento de sistema político, entendido como choque de ideas, propuestas, proyectos, explicación de conflictos y presentación de alternativas.

Si la gran consociación hace resaltar el papel de la oposición y del partido que la encarna, la pequeña consociación produce efectos controvertidos, a veces contrarios a los deseados y deseables para una oposición constitucional.

El libro de Pasquino tiene el gran mérito de revelarnos de manera detallada y sucinta cuales son las actitudes, los comportamientos, los recursos, los valores y los intereses que persigue la oposición política. La obra en cuestión es un pequeño manual que nos explica de manera total como son los roles políticos que cumple la oposición en todas las naciones donde se vive un régimen democrático de partidos. Es evidente que Pasquino se propone aleccionarnos para que estemos en capacidad de conocer a las oposiciones políticas o para participar como militantes de cualquier partido opositor. La obra es de lectura imprescindible para cualquiera que se precie de ser un político o un académico serio.